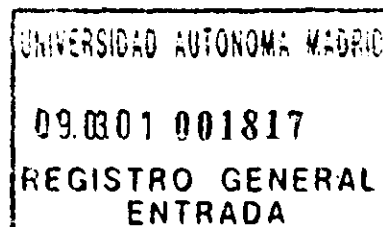


a 381804

70/506

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, SOCIAL Y ECONÓMICO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**



**LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO**

Marzo de 2001



no. 118329

30 cm

Tesis realizada por Dña. Laura García Gutiérrez,  
bajo la dirección del Dr. D. Miguel Virgós Soriano  
Catedrático de Derecho Internacional Privado de  
la Universidad Autónoma de Madrid.



## ABREVIATURAS

- A. C. : Actualidad Civil  
ADC: Anuario de Derecho Civil  
ADI: Anuario de Derecho Internacional  
*Am. Rev. Int'l. Arb.* : *American Review of International Arbitration*  
*Ann. Dr. Lux.* : *Annuaire de Droit Luxembourgoise*  
*AnwBl.* : *Anwaltsblatt*  
*Ar. Rep. J.* : Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi  
*Arb. Int.* : *Arbitration International*  
*AWD: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs – Beraters*  
BGE: Recopilación de decisiones del Tribunal Supremo suizo  
*BGH: Bundesgerichtshof*  
*BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*  
*BGB: Bürgerliches Gesetzbuch*  
BOE: Boletín Oficial del Estado  
*Cah. dr. eur.*: *Cahiers de droit européen*  
C.c. : Código civil español  
CCI: Cámara de Comercio Internacional  
CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil  
CB: Convenio de Bruselas de 27.9.1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil  
CR: Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales  
*DB: Der Betrieb*  
*Dir. Fall.* : *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*  
*DStR: Deutsches Steuerrecht*  
*EuZW: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*  
*EWS: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*  
*IA: Insolvency Act* inglés de 1986  
*ICQL: The International Comparative Law Quarterly*

*Il Fallim.* : *Il Fallimento*  
*Int'l L.* : *The International Lawyer*  
*InsO*: *Insolvenzordnung* (Ley alemana sobre los procedimientos de insolvencia, en vigor desde el 1.1.1999)  
*Int. Leg. Mat.* : *International Legal Materials*  
*IPrax*: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*  
*JBL*: *The Journal of Business Law*  
*JBt*: *Juristische Blätter* (Austria)  
*J – Cl D. Int.* : *Juris – Classeur de Droit international*  
*JIBL*: *Journal of International Banking Law*  
*J. Int'l. Arb.* : *Journal of International Arbitration*  
*Journ. Faillites*: *Journal de Faillites*  
*JR*: *Juristische Rundschau*  
*JZ*: *Juristen Zeitung*  
*KO*: *Konkursordnung*  
*KTS*: *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*  
*LDIP*: *Ley de Derecho Internacional Privado suiza*  
*LEC 1/2000*: *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*  
*LOPJ*: *Ley Orgánica del Poder Judicial*  
*MDR*: *Monatschrift für Deutsches Recht*  
*NILR*: *Netherlands International Law Review*  
*NJW*: *Neue Juristische Zeitschrift*  
*OGH*: *Tribunal Supremo austriaco*  
*R. des C.* : *Recopilación de los cursos generales de la Academia de la Haya de Derecho Internacional*  
*RabelsZ*: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*  
*RCEA*: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*  
*RGD*: *Revista General de Derecho*  
*RDBB*: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*  
*RDM*: *Revista de Derecho Mercantil*  
*RDP*: *Revista de Derecho Procesal*



**REDI:** Revista Española de Derecho Internacional  
*Rev. crit. dr. int. priv. :* *Revue critique de droit international privé*  
*Rev. dr. int. pr. comp. :* *Revue de droit privé et comparé*  
*Rev. trim. dr. europ. :* *Revue trimestrielle de droit européen*  
**RheinZ:** Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozeßrecht  
**RIE:** Revista de Instituciones Europeas  
*Riv. dell' Arb. :* *Rivista dell' arbitrato*  
*Riv. dir. int. priv. proc.:* *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*  
*Riv. trim. dir. proc. civ. :* *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*  
**RIW:** Recht der internationalen Wirtschaft  
**RSJ:** Revue suisse de jurisprudence  
**RPI:** Reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia  
 (en vigor a partir del 31.5.2002)  
**TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  
**ZAKDR:** Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht  
**ZEuP:** Zeitschrift für Europäisches Privatrecht  
**ZIP:** Zeitschrift der internationalen Wirtschaft  
**ZPO:** Zivilprozeßordnung  
**ZZP:** Zeitschrift für Zivilprozeß  
**WiB:** Wirtschaftsrechtliche Beratung  
**WM:** Wertpapier-Mitteilungen



## **INDICE**

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>12</b>
<b>II. CUESTIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>16</b>
<b>1. LOS MODELOS DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS ESTADOS COMUNITARIOS.....</b>	<b>16</b>
<b>2. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL PROCESO CIVIL: LOS CAUCES PROCESALES PREVISTOS A TAL EFECTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS COMUNITARIOS.....</b>	<b>21</b>
<b>III. CAPÍTULO PRIMERO: LA ADMISIBILIDAD PROCESAL DE LA COMPENSACIÓN EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>34</b>
<b>1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y CONTRACRÉDITO.....</b>	<b>35</b>
<b>1.1. La discusión en torno a la competencia judicial internacional sobre el contracrédito.....</b>	<b>36</b>
<b>1.2. Los argumentos a favor y en contra de la exigencia de competencia judicial internacional sobre el contracrédito al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el asunto Danvaern y la doctrina anterior.....</b>	<b>38</b>
<b>1.3. Los supuestos excluidos de la necesaria atribución de competencia judicial internacional sobre el contracrédito.....</b>	<b>50</b>

1.4. Las consecuencias de la exigencia de competencia judicial internacional: los criterios de atribución de competencia judicial internacional potencialmente aplicables al contracrédito.....	51
---	----

1.5. La aplicación del foro de la reconvención del art. 6. 3 del convenio de Bruselas a la compensación de créditos.....	52
--	----

(A) La noción de "reconvención" .....	52
---------------------------------------	----

(B) Ámbito de aplicación espacial: el art. 6.3CB y la conexión comunitaria.....	55
---	----

(C) La expresión "derivada del hecho o contrato en que se fundamentase la demanda inicial".....	60
---	----

2. PRORROGACIÓN DE FORO Y COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.....	64
---	----

2.1. Introducción: en torno a las cláusulas de elección de foro en el Derecho internacional privado (ley aplicable, funciones, interpretación y efectos).....	65
---	----

2.2. Los efectos de una cláusula de elección de foro sobre la compensación de créditos en los litigios internacionales.....	78
---	----

2.3. La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Meeth c. Glacetal.....	80
---	----

2.4. Los principales supuestos excluidos de la discusión.....	84
2.5. La prohibición de compensar derivada de una cláusula de elección de foro en el ámbito del convenio de Bruselas de 27.9.1968.....	88
2.6. Prorrogaciones de foro y compensación de créditos en el Derecho internacional privado autónomo español.....	114
3. LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	126
3.1. Introducción: la sumisión de controversias a arbitraje internacional (su fundamento).....	126
3.2. La compensación de créditos en la normativa sobre arbitraje internacional.....	140
3.3. Arbitraje internacional y compensación de créditos: delimitación de los tres supuestos problemáticos.....	149
3.4. Los supuestos excluidos de la discusión.....	150
3.5. La prohibición de compensar ante los tribunales estatales con un contracrédito sometido a arbitraje.....	156
3.6. La compensación en un procedimiento de arbitraje cuando el convenio arbitral no es aplicable al contracrédito.....	167

3.7. La compensación de créditos sometidos a órganos arbitrales diferentes.....	184
<b>IV. CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS Y LOS CONFLICTOS DE LEYES.....</b>	<b>189</b>
1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN AL DERECHO APLICABLE A LA COMPENSACIÓN INTERNACIONAL.....	189
2. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN LEGAL: EN BUSCA DEL CRITERIO DE CONEXIÓN MÁS ADECUADO.....	196
2.1. La aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación.....	199
2.2. La teoría de la acumulación.....	210
2.3. La aplicación de la ley del foro.....	217
2.4. Otros criterios de conexión propuestos.....	220
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE LA COMPENSACIÓN.....	228
4. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN EN LA CESIÓN INTERNACIONAL DE CRÉDITOS.....	230
5. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN CONVENCIONAL.....	237
5.1. La ley aplicable a los pactos de compensación independientes.....	238

5.2. La ley aplicable a la compensación convencional accesoria.....	244
--	-----

6. ALGUNOS PROBLEMAS GENERALES DE APLICACIÓN EN RELACIÓN AL DERECHO APLICABLE A LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.....	245
--	-----

IV. CAPÍTULO TERCERO: LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE INSOLVENCIA.....	250
--	-----

1. INTRODUCCIÓN: LA COMPENSACIÓN CONCURSAL Y LOS CONFLICTOS DE LEYES.....	250
--	-----

2. LA COMPENSACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: LOS DOS MODELOS BÁSICOS EN CUANTO A SU ADMISIÓN / INADMISIÓN.....	253
--	-----

2.1. La compensación de créditos en los Estados comunitarios con un Derecho concursal pro-deudor.....	256
--	-----

(A) <i>La compensación en el Derecho concursal francés</i> .....	259
--	-----

(B) <i>La compensación en los Estados que siguen el modelo francés: el caso del Derecho español</i> .....	262
---	-----

B.1. Los argumentos manejados por la doctrina mayoritaria.....	262
---	-----

B.2. Los argumentos manejados por la doctrina minoritaria.....	267
---	-----

<i>B.3. La posición del Tribunal Supremo.....</i>	<i>273</i>
<i>B.4. Los supuestos excluidos de la discusión: seis casos en los que se admite la compensación concursal en el Derecho español.....</i>	<i>276</i>
<b>2.2. La compensación de créditos en los Estados comunitarios con un Derecho concursal pro-acreedor.....</b>	<b>278</b>
<i>(A) La compensación en el Derecho concursal inglés.....</i>	<i>280</i>
<i>(B) La compensación en los Derechos concursales alemán y austriaco.....</i>	<i>286</i>
<i>(C) La compensación en el Derecho concursal italiano a partir de la reforma de 1942.....</i>	<i>295</i>
<b>3. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE INSOLVENCIA.....</b>	<b>298</b>
<b>3.1. Algunas nociones generales acerca del reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia.....</b>	<b>303</b>
<b>3.2. Primera regla: la aplicación de la <i>lex fori concursus</i> a la compensación concursal.....</b>	<b>309</b>
<b>3.3. Segunda regla: el fraccionamiento de la ley aplicable a la compensación en los procedimientos internacionales de insolvencia en virtud del art. 4.2, d) del reglamento comunitario.....</b>	<b>311</b>



3.4. Tercera regla: la aplicación de la ley del crédito del deudor insolvente cuando el Derecho concursal del Estado de apertura prohíba la compensación .....	313
--	-----

3.5. La ley aplicable a la compensación en los procedimientos de insolvencia según las propuestas de directivas comunitarias relativas a la reorganización y a la liquidación de entidades de crédito y empresas de seguros.....	319
--	-----

VI. CONCLUSIONES.....	322
-----------------------	-----

VII. BIBLIOGRAFÍA.....	349
------------------------	-----



## I. INTRODUCCIÓN

1. Esta tesis doctoral tiene su origen en un trabajo efectuado en el curso de doctorado sobre "El convenio de Bruselas de 27.9.1968 relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil" dirigido por AMORES CONRADI, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid durante el año académico 1996 – 1997. En este curso, se nos propuso estudiar la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno a la compensación de créditos, con especial atención a la sentencia de 13 de julio de 1995 en el as. Danvaern c. Otterbeck.

2. El presente estudio no se limitará sin embargo, a las cuestiones que pueden surgir en torno a dicha figura desde el punto de vista del sistema de la competencia judicial internacional español. También se abordarán otros aspectos problemáticos: los relativos a la ley aplicable a la compensación en los supuestos de tráfico jurídico externo, así como en los procedimientos internacionales de insolvencia.

3. En primer lugar, al inicio del texto, se llevará a cabo una serie de aclaraciones en relación a determinadas cuestiones preliminares sobre el régimen jurídico de la compensación en los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios. A partir de ellas, se delimitarán los principales modelos de compensación de créditos existentes en la Unión Europea.

4. Seguidamente, se hará referencia a los cauces previstos por los Derechos procesales de nuestro entorno jurídico para hacer valer la compensación. Este estudio será útil para entender el primero de los problemas jurídicos propuestos como "problemas relativos a la admisibilidad procesal de la compensación en el ámbito internacional": si es necesario que el Juez que esté conociendo de la demanda inicial tenga atribuida competencia judicial internacional sobre el

contracrédito para que pueda decidir sobre la compensación opuesta por el demandado en un litigio internacional.

Esta sería la cuestión de fondo planteada en el as. *Danvaern c. Otterbeck*. La solución que propongamos en relación con la misma, será de suma importancia a la hora de "construir" la interpretación más adecuada del artículo 6.3 del convenio de Bruselas de 1968.

Adelanto aquí, que la tesis defendida en este trabajo en relación con dicha primera cuestión, no coincidirá con la propuesta por el Tribunal europeo en ese asunto. No obstante, sería la misma que podría deducirse de las anteriores decisiones de este Tribunal en supuestos de compensación: las sentencias en los asuntos *Spitzley c. Sommer*, *Autoteile c. Malhé* y *Meeth c. Glacetal*.

5. Al hilo de esta última sentencia (= la del as. *Meeth c. Glacetal*), se formulará un segundo problema jurídico en cuanto a la compensación y las normas sobre la competencia judicial internacional: el relativo a los efectos de un acuerdo de elección de foro aplicable al contracrédito sobre el ejercicio de la compensación en los litigios internacionales.

A este respecto, se distinguirán los supuestos que entrarían dentro del ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa previsto en el art. 17 del convenio de Bruselas de 1968, de aquellos a los que resultaría en principio, aplicable el Derecho procesal civil internacional autónomo español. La argumentación en relación con este tema nos conducirá a concluir que en ambos casos, deberían formularse soluciones iguales. Esto sería coherente con lo propuesto por VIRGÓS SORIANO / GARCIMARTÍN ALFÉREZ en cuanto a que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y el convenio de Bruselas de 1968 constituyen subsistemas



distintos de regulación de la competencia judicial internacional, pero *"el juego de ambos debe responder a los principios de unidad y coherencia valorativa"*<sup>1</sup>.

6. En tercer lugar, se analizarán los problemas jurídicos en torno a la compensación de créditos en el arbitraje internacional. Para cada uno de los tres escenarios sometidos a estudio, se propondrá una solución que tendrá en cuenta los límites de la competencia fundada en el principio de la autonomía de la voluntad de acuerdo con lo previsto en el convenio arbitral.

7. En el ámbito de los conflictos de leyes, se analizarán los pros y los contras de las diferentes teorías existentes en cuanto al criterio de conexión más adecuado para diseñar una norma de conflicto sobre la compensación internacional de créditos.

8. Finalmente, se tratará de dilucidar si la apertura de un procedimiento de insolvencia debería o no afectar a la norma de conflicto propuesta. Esto es, si existirían peculiaridades en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la compensación en la quiebra internacional.

La resolución de este problema jurídico sería especialmente importante dado que en la actualidad, no existe una solución uniforme sobre la admisibilidad de la compensación en el concurso en los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios. Las divergencias a este respecto también serán objeto de estudio en las siguientes páginas.

En relación con esta última cuestión, se explicarán varias alternativas. Por un lado, la solución formulada por el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 11 de julio de 1985. Por otro, la normativa prevista en el reglamento comunitario nº

---

<sup>1</sup> V. "Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional", *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1/1999, p. 254.

1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (aún no en vigor) .

## II. CUESTIONES PRELIMINARES

### 1. LOS MODELOS DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS ESTADOS COMUNITARIOS

1. En el ámbito de la Unión Europea (UE), suelen distinguirse tres modelos en cuanto al modo en que la compensación legal de créditos se consuma y despliega sus efectos<sup>2</sup>.

2. El primero es el sistema francés. El modelo de compensación adoptado en este ordenamiento jurídico es el que se deduce de lo previsto en los arts. 1289 – 1299 del *Code civile*. Según la doctrina francesa tradicional, de esos preceptos se deduciría que este instituto jurídico funciona *ope legis*<sup>3</sup>. Ello significa que la compensación de créditos operaría de una manera automática<sup>4</sup>. Es decir, se consumaría cuando concurriesen todos los requisitos previstos por la ley (= situación objetiva de compensabilidad), con independencia de la voluntad de las partes, en virtud del tenor literal del art. 1290 *Code civile* (= "*La compensation*

---

<sup>2</sup> V. Conclusiones del Abogado General Sr. Léger en el as. Danvaern, núm. 31, Rec., 1995, p. I-2063 y GEIMER, Reinhold, "EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit - Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit - ", *IPrax*, 1986, p. 210 y en *Internationales Zivilprozeßrecht*, 3ª ed., Otto Schmidt, Colonia, 1997, p. 866, n. marg. 3562.

Un estudio en detalle de los tres modelos puede encontrarse en EUJEN, Heiko, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich, und England*, Alfred Metzner, Frankfurt a. M., 1975; en GÄBEL, Johannes K., *Neuere Probleme zur Aufrechnung im IPr*, Florentz, Diss. Munich, 1983; en el Capítulo I de KANNENGIESSER, Matthias N., *Die Aufrechnung im internationalen Verfahrensrecht*, Mohr, Tübinga, 1998 y en el de KEGEL, Gerhard, *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität*, Walter de Gruyter, Berlín / Leipzig, 1938, pp. 3-17. También puede verse, a este respecto, lo expuesto por WOOD, Philip R., *English and International Set-off*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, n. marg. 24-1 ss.

<sup>3</sup> V. ROLAND, Henri / BOYER, Laurent, *Droit civil. Obligations*, 2ª ed., librairies techniques, París, 1986, p. 749.

<sup>4</sup> V. VOIRIN, Pierre / GOUBEAUX, Gilles, *Droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence*, París, 1999, p. 549, n. marg. 1153.

*s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu de débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives").*

3. En la actualidad, de todos modos, es una cuestión muy discutida tanto por la doctrina francesa<sup>5</sup> como por la de los Estados que tomaron como modelo el sistema del Código civil napoleónico, si realmente puede o no afirmarse que la compensación opera automáticamente. En España, por ejemplo, donde el Código civil, en el art. 1202 recoge al pie de la letra el precedente francés, la doctrina ha puesto en duda esta supuesta automaticidad. Hoy en día, la mayor parte de los autores entendería que la compensación debe ser "provocada" por alguna de las partes en un proceso<sup>6</sup>.

4. Los principales argumentos manejados con el fin de negar la "supuesta automaticidad" de la compensación serían los siguientes. En primer lugar, los defensores de esta postura se apoyarían en el hecho de que tanto en el ordenamiento jurídico francés, como en los que lo toman como modelo, se admite la posibilidad de renunciar al derecho a compensar.

---

<sup>5</sup> V. AA. VV. (TERRÉ...), *Droit civil. Les obligations*, 6ª ed., Dalloz, París, 1996, pp. 1042 ss.

<sup>6</sup> A este respecto, v. entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, "El efecto automático de la compensación", *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 37; DíEZ - PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 553 ss.; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 276; GONZÁLEZ PALOMINO, José, "La compensación y su efecto", ya en 1947 (conferencia dictada el 8.4.1947 y publicada después en *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, Pamplona, 1964, en la que el autor no sólo critica el pretendido efecto automático de la compensación, sino también su efecto retroactivo, v. pp. 60, 72 y 100 del texto de la conferencia); JIMÉNEZ MANCHA, Juan C., *La compensación de créditos*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 112 y 140 ss. y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, *Derecho Cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigido por A. MENÉNDEZ, Civitas, Madrid, 1986, p. 349 ("... hoy, a pesar del tenor literal del art. 1195 C. c., la doctrina parece de acuerdo en que la compensación, aunque opera legalmente, necesita de una declaración de voluntad del interesado").



5. En segundo lugar, se utiliza como argumento a favor de la relevancia de la voluntad de las partes en el modelo de compensación francés, que quepa pactar la exclusión del derecho a compensar previsto legalmente.

6. En tercer término, estos autores hacen hincapié en el papel que el *Code civile* concedería al consentimiento del deudor cedido en la cesión de créditos. Éstos habrían de considerarse extinguidos si la compensación hubiera realmente operado "por ministerio de la ley"<sup>7</sup>.

7. Por último, se esgrime un argumento relativo al ejercicio procesal de la compensación de créditos: la práctica unanimidad de la doctrina francesa estaría de acuerdo en cuanto a que no es posible que la compensación sea declarada por el Juez *ex officio*<sup>8</sup>.

8. Este tipo de críticas, reproducidas en el marco de la doctrina italiana<sup>9</sup>, tuvieron un gran peso en la reforma del *Codice civile* de 1942. Por lo que se refiere

---

<sup>7</sup> V. Art. 1295 *Code civile*: "Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant."

A l'égard de la cession qui n'a été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification".

El mismo argumento podría utilizarse en Derecho español al hilo del art. 1198 C. c. (= "El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiere tenido conocimiento de la cesión".

Nótese además, que en los dos preceptos se emplea el verbo *oposser* / *oponer*, lo cual sería también indicativo de la necesidad de una actividad del deudor a este respecto. Sobre las relaciones entre la compensación y la cesión de créditos v. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cesión de créditos", ADC, 41/1988, p. 1033, en especial, las pp. 1050 – 1051 y 1119 ss.

<sup>8</sup> V. MENDREGIS, R., "Compensation", *Enc. Dalloz Droit Civil*, París.

<sup>9</sup> V., DALBOSCO, Cristina, "La compensazione per atto unilaterale (la c. d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e proceso", *Rivista di diritto civile*, 1989, p. 375.

a la compensación de créditos, esta reforma supuso el abandono del modelo napoleónico de compensación y su sustitución por otro más al estilo germánico.

9. El segundo modelo de compensación de créditos que podríamos distinguir es el del ordenamiento jurídico alemán. En el *Bürgerliches Gesetzbuch*, la consumación de la compensación (*Aufrechnung*) se hace depender de una declaración *ex parte*. Es decir, en los §§ 387 y ss del *BGB*, ésta se concebiría como un derecho potestativo<sup>10</sup>. No obstante, en el sistema germánico, la situación objetiva de compensabilidad no resultaría totalmente irrelevante. En efecto, una vez declarada, la compensación produciría efectos retroactivos desde el momento en que hubieran concurrido las condiciones previstas legalmente. Por tanto, podríamos decir que nos encontramos ante un "modelo intermedio".

10. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, en los dos sistemas a los que por el momento me he referido (= modelos francés y alemán de compensación de créditos), la compensación se configuraría como algo más que una mera concentración de foros<sup>11</sup>.

11. El tercer y último modelo de compensación de créditos sería el del Derecho anglosajón. En él existirían dos tipos de *Set-off*, además de la que opera en el ámbito de los procedimientos de insolvencia (= *Insolvency Set-off*)<sup>12</sup> y de los pactos de compensar (*Contractual Set-off*)<sup>13</sup>. En primer término, se encontraría la *Independent Set-off* o compensación legal regulada en los *Statutes of Set-off* de

---

<sup>10</sup> V. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 59ª ed., Beck's, Munich, 2000, pp. 451 ss. Este sistema es el que se ha adoptado en los Derechos civiles modernos. Así, como ejemplo, pueden citarse los arts. 526 del Código civil japonés, 124 del Código de obligaciones suizo y 848 y 854 del Código civil portugués.

<sup>11</sup> V. LEIPOLD, Dieter, "Comentario a la sentencia Danvaern", *ZZP*, 197/1993, pp. 225.

<sup>12</sup> Sobre modelo inglés de compensación concursal v. *Infra* V. 2.1. A).

<sup>13</sup> V. GOODE, Royston R., "Recensión al libro de WOOD, *English and International Set-off*", *JBL*, 1989, p. 358.

1729 y 1735. Según la doctrina inglesa mayoritaria, esta *Set-off* se caracterizaría por constituir un mecanismo de defensa a favor del demandado que sólo podría consumarse en el marco de un proceso<sup>14</sup>. En consecuencia, la extinción de créditos recíprocos se produciría como parte de un acto judicial.

12. En este sentido, son muy ilustrativas las afirmaciones de Lord HOFFMAN en la sentencia del as. *Aectra Refining & Manufacturing Inc. c. Exmar NU*<sup>15</sup>: "*Legal Set-off does not affect the substantive rights of the parties against each other, at any rate until both causes of action have been merged in a judgment of the court. It addresses questions of procedure and clash flow. As a matter of procedure, it enables a defendant to require his cross-claim (even if based upon wholly different subject matter) to be tried together with the plaintiff's claim, instead of having to be the subject of a separate action...Independent Set-off...is not a substantive defence to the claim, but a procedure for taking an account of the balance between the parties...It entitles the defendant to require that the merits of an unrelated cross-claim be tried in the same action...*".

13. En segundo término, en el Derecho anglosajón existe la *Equitable o Transactional Set-off*<sup>16</sup>. Como ha señalado McCracken<sup>17</sup>, el principal requisito que debe concurrir para que esta *Set-off* pueda operar sería la *conexión* entre los créditos recíprocos.

---

<sup>14</sup> V. Voz "Set-off" en *Halsbury's Laws of England*, 4ª ed., vol. 42, 1983 o por ejemplo, la sentencia de 1878 *Talbot c. Frère* (9 Ch.D., pp. 569-573), en la que pueden leerse afirmaciones como la siguiente: "...there could not be set-off until action brought and set-off pleaded".

<sup>15</sup> En *Lloyd's Rep.*, 2/1999, p. 410.

<sup>16</sup> En el Derecho inglés, ésta se denomina *Recoupment* (v. WOOD, P. R., *Title Finance, Derivatives...*, op. cit., p. 73).

<sup>17</sup> V. McCracken, Sheelagh, *The Banker's Remedy of Set-off*, 2ª ed., Butterworths, Londres, 1998, p. 83.

Respecto de esta segunda forma de compensar del Derecho anglosajón, así como de la que opera en el ámbito concursal, no está tan claro que no den lugar a la atribución de un "derecho subjetivo a compensar"<sup>18</sup>.

14. Por lo que se refiere a la compensación en los supuestos de insolvencia, es importante tener en cuenta una figura típica de los sistemas jurídicos anglosajones denominada "*netting*". Se trata de pactos de compensación o liquidación del saldo neto que operan en caso de insolvencia de alguna de las partes. Se prevén comúnmente, en contratos como los *swaps*<sup>19</sup>, *caps*, *floors*, *repos*..., operaciones con divisas o futuros. Mediante este tipo de pactos, se pretendería reducir el riesgo sistémico o efecto dominó a que podrían dar lugar insolvencias en cascada provocadas por la amplitud de los mercados financieros. Asimismo, disminuirían los costes de transacción. Por ejemplo, los costes de mantener líneas de crédito<sup>20</sup>.

## **2. EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN EN EL PROCESO CIVIL: LOS CAUCES PROCESALES PREVISTOS A TAL EFECTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS COMUNITARIOS**

1. Entre los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios, aparte de existir diferentes modelos de compensación legal, también existen distintos modos de configurar los cauces procesales previstos con el fin de que el demandado pueda hacer valer la extinción de créditos recíprocos en el proceso. No obstante, a pesar de dichas diferencias, podría formularse una conclusión general, válida para todos ellos: la parte demandada podrá según las circunstancias y dentro de ciertos límites, ejercitar la compensación en el proceso civil, mediante dos mecanismos

---

<sup>18</sup> V. *ib. id.*, p. 111.

<sup>19</sup> Sobre este tipo de contratos, v. BOULAT, Pierre-Antoine / CHABERT, Pierre-Yves, *Les swaps / technique contractuelle et régime juridique*, Masson, París, 1991; MÖRNER, Anna, "Swaps and Netting: Some Recent Developments", *Studies in International Financial and Economic Law*, Núm. 8, 1997; PERASSI, Marino, "I sistemi di pagamento internazionali", *Banca, borsa e titoli di credito*, 4/2000, p. 482.

<sup>20</sup> Todo ello explicado por WOOD en *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, pp. 72 ss.

procesales. En primer lugar, podría plantearla por medio de una acción independiente (= reconvencción, *action reconventionnelle*, *Widerklage*, *Counterclaim*....) En segundo lugar, cabría utilizar a tal efecto, un "mero mecanismo de defensa" tendente a obtener un pronunciamiento absolutorio. Es decir, una excepción (= excepción de compensación, *exception de compensation*, *Prozeßaufrechnung*, *Set-off*...).

2. A continuación, se hará referencia de manera esquemática a la concreta regulación de estos diferentes cauces en los Derechos procesales español, francés, alemán e inglés. Estas explicaciones preliminares serán importantes para comprender los argumentos que se manejarán más adelante en relación a los problemas jurídicos que plantea el ejercicio de la compensación de créditos en los litigios internacionales.

3. Desde la perspectiva de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881, el demandado podía utilizar dos cauces procesales para hacer valer la compensación. Por un lado, podía reconvenir. Por otro, oponer la excepción de compensación<sup>21</sup>. Así lo afirmaba expresamente el Tribunal Supremo español en una sentencia de 11.6.1981<sup>22</sup>: "*La compensación, como modo extintivo de las obligaciones puede operar como excepción sin necesidad de reconvenir*".

4. Esta doble posibilidad se ha mantenido en la nueva Ley de enjuiciamiento civil 1/2000. De tal manera que seguiría pudiéndose hacer valer la compensación por medio de excepción.

---

<sup>21</sup> Muy bien explicado en ANTÓN GUIJARRO, Javier, "La extinción de las obligaciones por compensación en el proceso: excepción o reconvencción", *Cuadernos de Derecho judicial*, 26/1996, pp. 689 ss.

<sup>22</sup> *Colección Legislativa del Ministerio de Justicia*, 1981, pp. 34 ss.

5. La excepción de compensación se caracteriza por ser una excepción material de las denominadas "excepciones en sentido propio"<sup>23</sup>, ya que permite alegar un hecho excluyente de la acción principal. Lo son también la prescripción<sup>24</sup>, el incumplimiento o los vicios que pueden dar lugar a la nulidad de ciertos negocios jurídicos.

6. La interposición de la reconvencción sería obligatoria para la parte demandada en dos supuestos<sup>25</sup>. En primer lugar, cuando, tratándose de un crédito de mayor cuantía que el que es objeto de la demanda inicial, se pretenda la condena del demandante<sup>26</sup>. Esto es, cuando el demandado solicite algo más que la mera absolución.

7. En segundo lugar, se exigiría reconvenir siempre que faltase alguno de los requisitos previstos en los arts. 1196 y ss. del Código civil<sup>27</sup> para que concurra la situación objetiva de compensabilidad. Es decir, en el supuesto de la denominada "compensación judicial"<sup>28</sup>. Típicamente, este tipo de compensación operará en aquellos casos en los que el Juez haya de proceder a la liquidación de los créditos

---

<sup>23</sup> V. DAMIÁN MORENO, Juan, en AA. VV. (LORCA NAVARRETE...), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, t.II, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 2095. Según este autor, lo que caracterizaría a las "excepciones en sentido propio" sería que atribuyen el derecho a enervar la acción ejercitada, por lo que el juez podría tenerlas en cuenta "...solo en el caso de que el demandado los haya hecho valer como fundamento de su defensa".

<sup>24</sup> V. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, t. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 479 - 480.

<sup>25</sup> V. ANTÓN GUIJARRO, J., "La extinción de las obligaciones...", *op. cit.*, p. 696.

<sup>26</sup> V. AA. VV. (MONTERO AROCA...), *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 211 y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La reconvencción*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1994, p. 23.

<sup>27</sup> Reciprocidad, propio derecho, carácter principal de los deudores, fungibilidad de las cosas debidas, homogeneidad de las deudas, liquidez, vencimiento y exigibilidad de las deudas, y situación expedita de créditos y deudas (v. MASCARENAS, Carlos E., voz "compensación", *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona 1952, pp. 484 ss. )

<sup>28</sup> V. DÍEZ - PICAZO, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 551; GETE - ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen, voz "compensación (Derecho civil)", *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1165 y RODRÍGUEZ SOLANO, Federico, "La demanda reconvenccional en la legislación española", *RDP*, 1950, p. 233.

recíprocos<sup>29</sup>. Su característica especial consiste en que una vez declarada por el Juez, no produciría efectos retroactivos<sup>30</sup>, sino *ex nunc*<sup>31</sup>.

8. De lo dicho hasta el momento, puede deducirse que lo relevante para hacer uso de uno u otro cauce procesal no sería tanto la cuantía del contracrédito, como lo que pretenda el demandado. Es decir, si el crédito que éste opone en compensación fuera mayor que el crédito inicial, no estaría obligado a reconvenir. Sólo si solicitase la condena de la parte demandante por el exceso, habría de hacerlo. Cuando los créditos recíprocos fuesen equivalentes o bien el crédito de la compensación fuera de una cuantía inferior, el demandado también podría reconvenir<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> V. JIMÉNEZ MANCHA, C., "La compensación...", *op. cit.*, p. 379; SANTOS BRIZ, Jaime, Arts. 1195 y ss. C.c., *Comentario del Código civil*, t. 6, Barcelona, Bosch, 2000, p. 405; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La compensación en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 61-64 y 123; VEGA PÉREZ, Félix, "La compensación bancaria", *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 359. También, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 8.6.1998 (*Ar. Rep. J.*, 1998, n. marg., 4284) y de 7.6.1983, (*Ar. Rep. J.*, n. marg. 700). Esta última es bastante ejemplificativa a este respecto, pues en ella el Tribunal afirma que "otra especie de compensación (además de la legal y la convencional), la constituye la denominada compensación judicial, que se produce cuando, a falta de uno de los requisitos de la legal, y entonces sí que ordinariamente por el cauce de la demanda reconventional, el demandado alega la existencia del crédito que hace valer con ocasión del reclamado en la demanda iniciadora del juicio, creándose o constituyéndose dentro del proceso y por efecto que sólo dentro del proceso puede producirse, la aportación subsanatoria de los requisitos faltos, que de ordinario, dirán en torno a la liquidez de la deuda que se trata de compensar; bastando para esta liquidación judicial, con la preexistente homogeneidad de las deudas existentes iure proprio y con signo opuesto entre los titulares que compensan dentro del juicio".

<sup>30</sup> V. ROJO AJURIA, Luis, "Comentario a la sentencia de 11.10.1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 18/1988, p. 883.

<sup>31</sup> V. ANTÓN GUIJARRO, J., "La extinción de las obligaciones...", *op. cit.*, p. 697.

<sup>32</sup> Por tanto, en mi opinión, la cuantía superior del contracrédito no sería el dato determinante para ejercitar la compensación por medio de reconversión en lugar de mediante una excepción. Con ello, estaría defendiendo una opinión discrepante de la de algunos autores que, como GARAU SOBRINO, Federico (en AA. VV. (CALVO CARAVACA...), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III & BOE, Madrid, 1995, p. 188) parecen entender que la reconversión sería el cauce obligatorio siempre que el crédito de la compensación fuese mayor que el crédito objeto de la demanda inicial. De todos modos, en "Los foros por vinculación procesal del art. 6 del Convenio de Bruselas. Anotaciones tras la firma del Convenio de adhesión de 1996", *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás ed., Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 338, da la impresión de que este autor suaviza su postura al

9. El Tribunal Supremo español se ha manifestado recientemente en contra de esta opinión. En efecto, en la sentencia de 24.4.1999<sup>33</sup>, ha afirmado la necesidad de que el demandado reconvenga cuando el contracrédito sea de mayor cuantía que el crédito objeto de la demanda inicial, con independencia de que pretenda o no que el demandante sea condenado al pago del remanente. El principal fundamento de esta afirmación consistiría en que el Juez que decide sobre la compensación tendría que pronunciarse sobre la existencia o inexistencia del contracrédito con efectos de cosa juzgada. Lo cual afectaría a un potencial procedimiento posterior en reclamación del exceso. Textualmente, según el Tribunal: *"...en el caso de que no se hubiera reclamado el exceso del crédito opuesto, como ocurre en el presente, una posterior exigencia por vía judicial de ese exceso vendría condicionada por la anterior resolución, vinculante en el segundo proceso por el efecto positivo de la cosa juzgada, con lo que, en definitiva, en el proceso en el que se hubiese alegado la compensación se resolvería sobre la procedencia o no del crédito del demandado..."*<sup>34</sup>.

10. No obstante, la nueva Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero<sup>35</sup> no incluye exigencia alguna a este respecto. Más bien, seguiría conservando la posibilidad de utilizar la reconvencción o la excepción de compensar a elección del demandado.

De ahí que el art. 408 LEC 1/2000, apartado primero, se refiera a que el demandante pueda contestar a la alegación de la compensación con fines meramente absolutorios en la misma forma que si contestara a la reconvencción

---

señalar que "el planteamiento procesal de la compensación como reconvencción es posible cuando el demandado ostente frente a la parte actora un contracrédito por un valor superior al que éste hace valer en su demanda".

<sup>33</sup> V. A. C., 31/1999, pp. 2001 ss.

<sup>34</sup> V. A. C., 31/1999, pp. 2002 – 2003.

<sup>35</sup> En BOE, núm. 7, de 8 de enero.



(esto es, aunque el demandado no hubiera reconvenido) y que en el apartado tercero de ese mismo artículo se afirme expresamente que los pronunciamientos relativos tanto a la compensación, como a la alegación de la nulidad absoluta del negocio jurídico tendrán eficacia de cosa juzgada<sup>36</sup>. En cuanto a esto último, parece claro que sería superflua la referencia a los efectos de cosa juzgada del pronunciamiento judicial sobre la compensación si el único cauce procesal posible para hacerla valer fuera la reconvencción<sup>37</sup>.

11. Por lo demás, la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 incluye tres novedades importantes en cuanto a la reconvencción y a la excepción de compensación. En relación a la primera, la nueva Ley establece con carácter obligatorio, el requisito de la conexión entre las contrademandas<sup>38</sup>. En efecto, el tenor del art. 406 LEC 1/2000 es el siguiente: *"1. En la contestación a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal"*.

La falta de una exigencia de conexión en la regulación de la reconvencción de la Ley de 1881 había dado lugar a críticas por parte de la doctrina. Así, ya en 1950, RODRÍGUEZ SOLANO<sup>39</sup>, señaló que este reconocimiento tan amplio de la reconvencción sólo estaba justificado en otros tiempos en los que *"...era difícil*

---

<sup>36</sup> En este sentido, DAMIÁN MORENO por ejemplo, afirma que el art. 408. 3 LEC 1/2000 se referiría a las "excepciones" de compensación y de nulidad absoluta del negocio jurídico invocado por el demandante y que ambas tendrían en común que podrían fundamentar una acción autónoma frente al demandante (AA. VV. (LORCA NAVARRETE...), *Comentarios a la nueva...*, op. cit. , p. 2102).

<sup>37</sup> En contra, VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación Internacional)*, Civitas, Madrid, 2000, p. 156, n. marg. 197. Estos autores entienden que la LEC 2000 sólo prevería la reconvencción como cauce procesal para oponer la compensación. No obstante, no aportan mayores explicaciones a favor de tal afirmación.

<sup>38</sup> V. CORDÓN MORENO, Faustino, "Estudio preliminar sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000", Aranzadi, 2000, p. 25 y DAMIÁN MORENO, J. en AA. VV. (LORCA NAVARRETE...), *Comentarios a la nueva...*, op. cit. , p. 2097.

<sup>39</sup> V. "La demanda reconvenccional...", op. cit. , p. 273.

*acudir a los tribunales por la escasez de comunicaciones y por no funcionar permanentemente éstos; pero que pasados esos tiempos, los inconvenientes de tal interpretación extensiva superan a las ventajas, porque (la reconvención) introduce un medio de incoar un nuevo juicio sin demanda propiamente dicha, y el favor dispensado al que se defiende representa un notable perjuicio del demandante que al iniciar el litigio, no sabe qué reclamaciones contrarias le han de sobrevenir de su acto, sin estar preparado para ellas, y que la reconvención, tal como la percibe nuestra Ley, rompe en muchos casos la unidad orgánica del proceso, haciéndole derivar cuando no hay conexión entre ella y la demanda, por rutas insospechadas, susceptibles de engendrar confusión, y contribuye a desnaturalizar y desviar de su cauce el litigio primitivo, además de resultar absurdo el que en estas acumulaciones objetivas sucesivas se prescinda de semejante requisito (la conexión)...”.*

12. La segunda novedad de la Ley 1/2000 consiste en negar la admisibilidad de la llamada “reconvención implícita” (también ex art. 406 LEC 1/2000)<sup>40</sup>. Según DAMIÁN MORENO, la admisión de este tipo de reconvención venía siendo criticada por dos razones: porque reducía las garantías del actor y porque suponía un obstáculo a la tramitación del proceso<sup>41</sup>.

No obstante, la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en España venía mostrándose favorable a la permisión<sup>42</sup>. Se interpretaba en sentido positivo el silencio al respecto de la precedente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Supremo de 30.3.1999<sup>43</sup> podía leerse: “...La doctrina de esta Sala ha atribuido naturaleza autónoma a esta clase

---

<sup>40</sup> V. *lb. id.*, p. 2099.

<sup>41</sup> V. *lb. id.*, p. 2099.

<sup>42</sup> V. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil*, t. II, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 104.

<sup>43</sup> V. A. C., 30/1990, n. marg. 745.

*de demandas y resulta permisiva respecto a sus formalidades, ya que incluso cabe la reconvención implícita, que no precisa alegarse por separado ni sujetarse a formulismos...bastando que el suplico del escrito de contestación contenga bien expresada cualquier petición que exceda de la pura y simple desestimación de la demanda" y cita a su vez, otras sentencias del Tribunal Supremo de 6.2.1936; 30.1.1942; 22.5.1981; 14.10.1991; 23.11.1992; 9.12.1993; 19.11.1994<sup>44</sup>.*

13. En tercer lugar, la Ley 1/2000, en su art. 408, regula tanto la excepción de compensación, como la de nulidad del negocio jurídico como "excepciones reconvencionales"<sup>45</sup>. Esta afirmación tomaría como base la eficacia de cosa juzgada que dicho precepto atribuye a los pronunciamientos que las sentencias contengan en torno a estos dos extremos<sup>46</sup>.

Dicha eficacia es uno de los aspectos en los que se ha basado la doctrina para afirmar que la excepción de compensación constituye una excepción especial. En efecto, se afirma que si bien atendiendo a su fin, ésta constituiría una "excepción típica" (= mediante su oposición se pretendería conseguir que la pretensión del demandante fuese rechazada), en otros puntos sería muy similar a una reconvención<sup>47</sup>. En particular, dado que supone la incorporación al proceso de una nueva relación jurídica<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> En cuanto a las opiniones doctrinales a este respecto, pueden verse, entre otros: GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal...*, op. cit. , p. 276; GUTIÉRREZ SANZ, M. R. , *La reconvención en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 17; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvención*, Comares, Granada, 1994, pp. 20 y 139 ss. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, op. cit. , p. 85.

<sup>45</sup> Sobre la noción de "excepción reconvencional", v. RODRÍGUEZ SOLANO, F. "La demanda reconvencional...", op. cit. , p. 25 y TAPIA FERNÁNDEZ, I. , *La reconvención*, op. cit. , p. 25.

<sup>46</sup> V. Art. 408, III LEC 1/2000.

<sup>47</sup> Por ejemplo, por lo que se refiere a la eficacia de cosa juzgada de la decisión en relación a la existencia o inexistencia del contracrédito.

<sup>48</sup> V. ANTÓN GUIJARRO, J. , "La extinción de las obligaciones...", op. cit. , p. 689 y ROJO AJURIA, Luis, *La compensación como garantía*, Civitas, Madrid, 1992, p. 31.

14. En este sentido, ya GOMEZ ORBANEJA afirmó que *"es indudable que, opuesta la compensación, el juez no sólo tiene que conocer del crédito del demandante, sino también del del demandado"*.

15. Antes de que la LEC 2000 incluyera la referencia expresa a la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento relativo a la compensación, ANTÓN GUIJARRO<sup>49</sup>, por ejemplo, había señalado que el reconocimiento de estos efectos se hacía necesario por lo siguiente: si la excepción fuese estimada, no debería permitirse a un segundo tribunal pronunciarse acerca del crédito de la compensación porque podría producirse una doble condena y si fuese desestimada, existiría el riesgo de que se dictasen decisiones contradictorias en relación al contracrédito.

16. Por otra parte la LEC 2000 contiene una previsión en cuanto a que el momento procesal adecuado para hacer valer la reconvención sería el de la contestación a la demanda<sup>50</sup>. Por lo demás, la reconvención se sometería a las mismas normas aplicables a la demanda (art. 406.4 LEC 1/2000).

17. De un modo similar al descrito en relación con el Derecho español, el Derecho procesal francés distingue entre la *demande reconventionnelle* y la *exception de compensation*. Una peculiaridad de este ordenamiento jurídico, sería la derivada del art. 70 del *Nouveau Code de Procédure Civile*: la exigencia de

---

<sup>49</sup> V. "La extinción de las obligaciones...", *op. cit.*, p. 695. También se habían mostrado partidarios de la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento relativo a la excepción de compensación: V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal...*, *op.cit.*, p. 277; GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup> Rosa, *La reconvención...*, *op. cit.*, p. 51 (*"La compensación, en contra de la regla general sobre excepciones, produce efectos de cosa juzgada. La razón es que de otro modo el acreedor demandado podría cobrar dos veces, una al ser absuelto o ver reducida su condena, si su crédito era menor que el del demandante, otra si pudiera acudir a un segundo proceso a cobrar su crédito"*) y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, *op.cit.*, p. 195.

<sup>50</sup> Esto lo viene afirmando el Tribunal Supremo de manera continua V. , por ejemplo, la sentencia 20.11.1999.

conexión entre las contrademandas en el caso de la compensación judicial (*compensation judiciaire*)<sup>51</sup>.

18. En el Derecho procesal alemán, también se distingue entre la compensación ejercitada por medio de una contrademanda (*Widerklage*) y como "mero mecanismo defensivo" tendente a obtener la absolución de la parte demandada (*Prozeßaufrechnung*). En efecto, conforme al § 33 de la *Zivilprozeßordnung* (ZPO), la *Widerklage* consiste en la interposición por el demandado, ante el Juez que está conociendo de la demanda inicial, de una contrademanda conexa (= "(1) Puede plantearse reconvención ante el Tribunal de la demanda, cuando la contrarreclamación sea conexa con la pretensión hecha valer en la demanda o con la excepción opuesta contra ella).

19. Una especialidad del Derecho procesal alemán a este respecto, consiste en que de no existir conexión entre las contrademandas, el Juez podrá proceder a separarlas sobre la base de lo previsto en el § 145, II ZPO (1) *El Tribunal puede disponer que sobre las distintas pretensiones de una demanda se conozca en procedimientos separados* (2) *Lo mismo vale para el supuesto en el que el demandado haya planteado una reconvención y la contrarreclamación no sea conexa con la pretensión hecha valer en la demanda...*". Tal separación tendría como consecuencia que sobre las dos reclamaciones se decidiría en dos procesos independientes diferentes.

20. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico alemán no se regula la compensación judicial tal y como ésta se entiende en los Derechos español y francés<sup>52</sup>.

21. En cuanto a la "excepción de compensar", la *Prozeßaufrechnung*, se trata de un mecanismo procesal que permite al demandado bien efectuar una

---

<sup>51</sup> V. AA. VV. (TERRÉ...), *Droit civil...*, op. cit. , p.1046.

<sup>52</sup> V. *Supra* § 7.

declaración de compensación en el seno de un proceso, o bien oponer la previamente declarada fuera de él. Del mismo modo que en el caso de la *Widerklage*, cuando no exista conexidad entre los créditos recíprocos podría aplicarse lo previsto en el §145 ZPO. De acuerdo con este precepto, "(3) Si el demandado ejercitase un contracrédito mediante la excepción de compensación, el cual no fuese conexo con el crédito objeto de la demanda, el Tribunal podrá disponer que se conozca de la demanda y de la compensación en procedimientos separados; el precepto del § 302 sería aplicable").

El § 302 ZPO tiene una gran importancia, puesto que de acuerdo con él, el Juez ante el que se interpuso una compensación con un crédito para el que no tuviese atribuida competencia, podrá dictar una decisión provisional o "dictada bajo reserva" (= *Vorbehaltsurteil*) mientras el órgano jurisdiccional competente decide sobre el crédito de la compensación en un procedimiento independiente. Además, la *Vorbehaltsurteil* proveerá al demandante del primer proceso de un título ejecutivo provisional frente al demandado. Si en el segundo procedimiento se decidiese que el contracrédito existe, aquél estará obligado a pagar una indemnización a este último.

22. Por otra parte, es fundamental destacar que, del mismo modo que en el Derecho procesal español a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la ley procesal alemana prevé de manera expresa, que las decisiones sobre la compensación desplegarán efectos de cosa juzgada en relación con la extinción del contracrédito. Así se deduce del § 322, II ZPO, en virtud del cual "*Si el demandado ha hecho valer un contracrédito mediante la excepción de compensación, la decisión relativa a la inexistencia del contracrédito producirá eficacia de cosa juzgada respecto de la cantidad compensada*".

En ello se apoya un importante sector de la doctrina alemana, de forma paralela a lo que señalé respecto de la española, para afirmar que la *Prozeßaufrechnung* no es más que una "*unentwickelten*" o "*unterentwickelten Widerklage*"<sup>53</sup>.

23. Por último, me referiré sintéticamente a la regulación del ejercicio de la compensación en el proceso civil de acuerdo con el Derecho inglés. De la misma manera que en todos los casos anteriores, en los sistemas jurídicos de corte anglosajón, existen dos vías para hacer valer pretensiones "cruzadas": la *Counterclaim* y la *Set-off*. Respecto de cada uno de los tipos de *Set-off* a los que me he referido más arriba, se van a exigir unos requisitos distintos con objeto de su declaración judicial.

24. La *Independent Set-off* precisa que los créditos recíprocos sean "líquidos", pero no que se trate de deudas "conexas". Por su parte, el ejercicio de la *Equitable Set-off* sí exige que concorra conexión entre ambos créditos, pero no se requiere liquidez.

25. La *Counterclaim* sería más flexible, puesto que cabría en relación con créditos tanto inconexos, como ilíquidos<sup>54</sup>.

26. Tradicionalmente, se ha aludido a una conocida frase del juez COCKBURN en el as. *Stooke c. Taylor* con el fin de distinguir entre la *Set-off* y la *Counterclaim*. Según él, la principal diferencia en cuanto al ejercicio de ambas en el seno de un procedimiento consistiría en que la *Set-off* operaría "*as a shield, not as a sword*"<sup>55</sup>. Es decir, la distinción se asemejaría a la que he referido en torno a la

---

<sup>53</sup> V. SCHMIDT, Eike, "*Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und prozessualer Einrede*", ZZP, 87/1974, p. 29 y SCHREIBER, Klaus, "*Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung*", ZZP, 90/1977, p. 395.

<sup>54</sup> V. GOODE, Royston M., *Legal Problems of Credit and Security*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 1988, p. 153.

<sup>55</sup> V. QBD, 2/1880, p. 569.

reconvención y a la excepción de compensación del Derecho español: la solicitud de la condena o de la mera absolución del demandante.



### **III. CAPÍTULO PRIMERO: LA ADMISIBILIDAD PROCESAL DE LA COMPENSACIÓN EN LOS LITIGIOS INTERNACIONALES**

1. La compensación de créditos opuesta por el demandado en los litigios internacionales no puede permanecer al margen del sistema de normas de Derecho procesal civil internacional que regulan la competencia judicial internacional. Esta figura jurídica tampoco puede ser ajena a la existencia de la jurisdicción arbitral como jurisdicción llamada a solucionar conflictos de intereses fuera de la organización estatal en el ámbito supranacional. Todo ello con independencia del cauce procesal utilizado para hacer valer la compensación en el seno de un procedimiento.

2. Por lo que se refiere a los problemas jurídicos que plantea la compensación desde el punto de vista de su admisibilidad procesal, como ya se señaló más arriba, en este trabajo se estudiarán los siguientes.

3. En primer lugar, se hará referencia al problema relativo a la necesidad de atribuir competencia judicial internacional respecto del crédito de la compensación del mismo modo que si dicho crédito fuese objeto de un procedimiento independiente. Esta cuestión viene ocupando desde hace tiempo a la doctrina y jurisprudencia alemanas, sin que en la actualidad, pueda afirmarse que la polémica haya quedado zanjada.

4. En segundo lugar, en estrecha relación con esa primera cuestión, se encuentra la relativa a los efectos que la existencia de una cláusula de elección de foro aplicable al contracrédito puede tener sobre el ejercicio de la compensación en un litigio internacional iniciado ante los tribunales de un Estado distinto al designado en dicha cláusula.

5. Por último, habrá de estudiarse la problemática en relación con el ejercicio de la compensación de créditos en los procedimientos de arbitraje internacional.

Por una parte, se analizará la incidencia de una cláusula compromisoria aplicable al contracrédito sobre el ejercicio del mismo en compensación ante una jurisdicción estatal competente en virtud de los criterios de atribución de competencia judicial internacional legalmente previstos. Por otro lado, también se formulará una respuesta a la cuestión que se plantea cuando no habiendo sido objeto de sumisión a arbitraje, un determinado crédito quiere hacerse valer mediante compensación en un procedimiento arbitral internacional. En último término, se tratará el problema del ejercicio de la compensación con un contracrédito sometido a un órgano arbitral distinto de aquél ante el que se pretende hacerlo valer.

## 1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y CONTRACRÉDITO

*"...El número 3 del art. 6 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica, tiene por objeto establecer las condiciones en las cuales un Tribunal es competente para pronunciarse sobre las pretensiones del demandado distintas de la mera desestimación de la demanda. Dicha disposición no atañe a la situación en la que un demandado invoca, como simple medio de defensa, un crédito del que supuestamente es titular frente al demandante. Los medios de defensa susceptibles de ser invocados y las condiciones en que pueden serlo se rigen por el Derecho nacional..."*

Sentencia del TJCE, 13.7.1995, as. C-341/93 (Danvaern c. Otterbeck)

*"...Esta cuestión pretende, en efecto, que se dilucide si con ocasión de un procedimiento de ejecución, una parte puede proponer como excepción (= excepción de compensación), un crédito sobre el cual los tribunales del Estado contratante del lugar de ejecución no tendrían competencia para pronunciarse, si dicho crédito fuera objeto de una acción autónoma.*

*...De la especificidad del vínculo exigido por el art. 16, resulta que una parte no se puede prevaler de la competencia que el número 5 de este artículo atribuye a los tribunales del lugar de ejecución para plantear ante éstos, por vía de excepción (excepción de compensación), un litigio cuyo conocimiento sería competencia de los tribunales de otro Estado contratante en virtud del art.*

2. La utilización para este fin de la acción de oposición a la ejecución es contraria al reparto de

competencias que el Convenio establece entre el juez del domicilio del demandado y el juez del lugar de ejecución".

Sentencia del TJCE, 4.7.1985, as. 220/84, (AS- Autoteile c. Pierre Malhé).

### **1.1. La discusión en torno a la competencia judicial internacional sobre el contracrédito**

1. El primer problema jurídico que plantea la compensación de créditos desde el punto de vista del Derecho internacional privado, es el que podríamos denominar "problema de la competencia judicial internacional sobre el contracrédito". Se trata de resolver la siguiente cuestión: si es necesario que el Juez nacional competente para conocer de un litigio internacional en el que se reclama el pago de un crédito, tenga también atribuida competencia judicial internacional sobre el crédito que el demandado hace valer mediante la compensación.

2. Este problema se ha planteado de forma especialmente polémica a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 13 de julio de 1995 en relación con el as. Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH<sup>56</sup>.

3. Con anterioridad a la decisión del TJCE en el citado asunto, existían dos posturas antagónicas en torno a esta cuestión. En primer lugar, la de aquellos que, influidos por la regla formulada por la doctrina francesa según la cual "*le juge de l'action est le juge de l'exception*" entendían que la atribución de competencia judicial internacional respecto de la demanda inicial bastaba para que el Juez pudiese conocer de la compensación, del mismo modo que de cualquier otra excepción opuesta por el demandado<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Rec., 1995, p. I-2053.

<sup>57</sup> Así, el Abogado General Sr. Capotorti, en una cuestión prejudicial a la que me referiré más adelante, la del as. Meeth c. Glacetal (as. 23/78, Rec., 1978, p. I-2133), se muestra favorable a esta postura cuando afirma: "*...imaginer que l'exception soit soumise à un juge autre que celui qui*

4. En segundo lugar, la de quienes sostenían que en los litigios internacionales, aunque la compensación no se ejercite por medio de la reconvención, sino de la excepción de compensación, debería recibir un tratamiento análogo a ésta. Para estos autores, será necesaria la atribución de competencia judicial internacional con independencia del cauce procesal escogido por el demandado para hacer valer la compensación. Según los mismos, esta afirmación general tendría como excepciones dos casos: el de los créditos indiscutidos y el de los reconocidos en virtud de una resolución judicial firme. Esta era y es la posición mayoritaria en Alemania<sup>58</sup> tanto en la doctrina<sup>59</sup>, como en la jurisprudencia<sup>60</sup>.

---

*est saisi de l'action reviendrait à rompre l'unité de la procédure et à méconnaître les droits de défense en obligeant, en substance, le défendeur à transformer l'exception en une demande autonome".* En Alemania, hubo incluso quien afirmó que, dado que la compensación de créditos constituiría un instituto jurídico-material, siempre que desde el punto de vista del Derecho sustantivo aplicable fuera admisible podría operar, sin que se planteara ningún problema desde el punto de vista de la competencia judicial internacional. Esta era, por ejemplo, la opinión de NIKISCH, así como la de HABSCHEID en *"Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozeßaufrechnung"*, ZZP, 76/1963, pp. 373 ss.

<sup>58</sup> V. WERNER, Frank, *Umgehung von Aufrechnungshindernissen durch Zwangsvollstreckung in eigene Schulden*, Giesecking, Bielefeld, 2000, p. 243.

<sup>59</sup> Con la excepción de algunos autores importantes como sería el caso de ROTH y de COESTER-WALTJEN (V. ROTH, Herbert, *"Aufrechnung und internationale Zuständigkeit nach deutschem und europäischem Prozeßrecht"*, RIW, 11/1999, pp. 819 ss y COESTER-WALTJEN, Dagmar, *"Die Aufrechnung im internationalen Zivilprozeßrecht"*, Festschrift Lücke, Beck's, Munich, 1997). También en contra se ha manifestado recientemente algún autor suizo (v. BAUMANN, Hannes, *Aspekte der Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit*, Schulthess, Zurich, 1999, p. 17). A favor de la postura mayoritaria se mostrarían claramente por ejemplo, NAGEL, Heinrich / GOTTWALD, Peter, en *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4ª ed., Aschendorff, Münster, 1997, p. 126, n. marg. 246: *"Die Aufrechnung mit einer streitigen, inkonnexen Gegenforderung ist...nur zulässig, wenn das Prozeßgericht dafür international zuständig ist"* (Se hace referencia aquí a la conexión de los créditos, porque de existir ésta, la atribución de competencia vendría dada en virtud del art. 6.3 del convenio de Bruselas de 27.9.1968) y KEGEL, Gerhard / SCHURIG, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 8ª ed., Beck's, Munich, 2000, p. 653.

<sup>60</sup> El Tribunal Supremo alemán (BGH) se mostró claramente partidario de esta segunda postura en su sentencia de 12.5.1993. El texto de la sentencia en alemán puede leerse en NJW, 1993, p. 2753 o en IPrax, 1994, p. 115. Una explicación resumida de la misma puede encontrarse en BACHER, Gabriela, *"Zuständigkeit nach EuGVÜ bei Prozeßaufrechnung"*, NJW, 1996, p. 2141 o en PIEKENBROCK, Andreas, *"Internationale (Prozess-) Aufrechnung – Beklagter kann stets den Vermögensgerichtsstand geltend machen -"*, RIW, 10/2000, p. 751. Esta ha sido la tesis seguida mayoritariamente por los tribunales alemanes. A modo de ejemplo, pueden verse las sentencias del *Landesgericht* Berlín de 30.1.1996 (IPrax, 2/1998, p. 97), comentada por GEBAUER, Martin, en la p. 79, del *Oberlandesgericht* Hamm de 5.11.1997 (no dispongo de datos sobre su publicación) y

5. Respecto a la solución de este problema jurídico en el Derecho español, puede afirmarse que con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia en el as. Danvaern c. Otterbeck, la cuestión no había preocupado excesivamente a la doctrina. No obstante, antes de la citada sentencia, algunos autores se habían referido a esta cuestión al estudiar los problemas interpretativos planteados por el art. 6.3 del convenio de Bruselas de 27.9.1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil<sup>61</sup> (CB). Así, GARAU SOBRINO<sup>62</sup> entendía que el foro de la reconvencción contenido en este precepto, se refería únicamente al ejercicio de un crédito compensable por el demandado mediante reconvencción. Situación que limitaba "objetivamente" a los casos en los que dicho crédito fuera de una cuantía superior a la del crédito objeto de la demanda inicial. Con ello, parecía decantarse por la irrelevancia desde el punto de vista de las reglas de la competencia judicial internacional, de los supuestos en los que el cauce procesal elegido por el demandado para ejercitar la compensación fuese el de la excepción.

## **1.2. Los argumentos a favor y en contra de la exigencia de competencia judicial internacional sobre el contracrédito al hilo de las sentencias del TJCE: el asunto Danvaern y la doctrina anterior**

1. A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos internos de otros Estados contratantes del convenio de Bruselas de 27.9.1968, en el Derecho procesal danés la *Retsplejelov* (= Ley de enjuiciamiento) prevé una denominación única (= *Modfordringer*)<sup>63</sup> para referirse tanto al ejercicio de una

---

del *Oberlandesgericht Celle* de 11.11.1998 (*IPrax*, 6/1999). Es de destacar que las dos últimas son decisiones posteriores a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el as. Danvaern c. Otterbeck.

<sup>61</sup> Texto refundido en *DOCE*, núm. C189, de 28.7.1990.

<sup>62</sup> AA. VV. (CALVO CARAVACA...), *Comentario al Convenio...*, op. cit., p. 188.

<sup>63</sup> Art. 249.2 *Retsplejelov*. Este art. de la *Ley de enjuiciamiento danesa* puede traducirse así: "Durante un procedimiento, el demandado podrá presentar demanda reconvenccional / contrapretensión (*Modkrav*) solicitando que se desestimen total o parcialmente las pretensiones del demandante o solicitando una condena conforme a la demanda reconvenccional o una parte de ella,

contrarreclamación para que se dicte una condena del demandante, como a la oposición de un mecanismo de defensa en cuanto al fondo con fines absolutorios<sup>64</sup>. La versión danesa del art. 6.3 CB recoge este mismo término. De ahí que se plantease una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el fin de que éste aclarase si del tenor en danés de ese precepto habría de deducirse que el art. 6. 3 CB se referiría a las dos situaciones citadas (= interposición de una contrademanda y de una excepción para hacer valer la compensación de créditos) o únicamente al planteamiento de una contrademanda. Esto último sería lo que en principio, podría deducirse de las versiones del mismo precepto en otras lenguas<sup>65</sup>.

2. En este asunto, se trataba de dos sociedades, una con domicilio en Alemania (Otterbeck) y otra con domicilio en Dinamarca (Danvaern). Esta última, había sido agente en exclusiva en territorio danés de la primera. La demandante era la entidad Otterbeck, que solicitaba ante los tribunales daneses la indemnización derivada del impago de un suministro anterior a la resolución del contrato de agencia. La demandada (Danvaern) aceptó tal deuda, pero pretendía hacer valer, en el mismo proceso, varios créditos de los que ella, a su vez, sería titular frente a la demandante y cuya cuantía total excedería la del crédito de la demanda.

---

a condición de que ésta pueda sustanciarse conforme a las mismas normas procesales que la demanda principal. No obstante, únicamente puede pronunciarse una condena distinta conforme a la demanda reconventional, si los tribunales daneses son competentes para conocer de la demanda o si ésta deriva del contrato o hecho en que se fundamentare la pretensión del demandante" (V. Conclusiones del Abogado General Sr. Léger, núm. 17 (Rec., 1995, p. I-2059), el Fundamento 7 de la sentencia del TJCE en ese mismo asunto (as. Danvaern) y HUET, André, "Comentario a la sentencia Danvaern", *Journal du droit international*, 1996, p. 561).

<sup>64</sup> V. BACHER, G., "Zuständigkeit nach...", *op.cit.*, p. 2141 y BORRÁS, Alegría, "Comentario a la sentencia de 13 de julio de 1995", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, p. 606.

<sup>65</sup> En efecto, en otras versiones del art. 6.3 CB se incluyen los términos reconvenção, *demande reconventionnelle*, *Counterclaim*, *Widerklage*...que en principio harían referencia a uno sólo de los dos cauces posibles según los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios para hacer valer la compensación en el proceso civil.

En primera instancia, la demandada pretendió no sólo su absolución, sino, además, que se condenara a Otterbeck al pago de la diferencia entre los créditos recíprocos. El *Byret de Broenderslev*<sup>66</sup> inadmitió la contrademanda por considerar que sería incompetente para conocer del contracrédito. El motivo de su decisión era que desde su punto de vista, faltaría la "conexión" entre los créditos necesaria para que pudiese aplicarse el art. 6.3 del convenio de 27.9.1968.

Danvaern recurrió esa decisión ante el *Vestre Landsret*, solicitando únicamente su absolución. Esto es, ya no pretendía la condena del demandante por el exceso. Aparentemente, lo que se quería lograr mediante esta nueva estrategia de defensa, era eludir la aplicación del art. 6.3 CB con el fin de evitar que este nuevo tribunal danés también se considerara incompetente.

3. La respuesta del TJCE fue la que he anticipado al inicio de este epígrafe. El Tribunal tomó como punto de partida la distinción entre los casos en los que el demandado pretende la condena del demandante y aquellos en los que la compensación se hace valer con fines únicamente absolutorios y sobre esa base afirmó que si ésta se ejercita como un mero mecanismo defensivo tendente a obtener la absolución del demandado, no estaría sometida a las normas de atribución de competencia judicial internacional del Título II del convenio de Bruselas de 1968, sino que su ejercicio dependería de lo previsto en el Derecho nacional<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Órgano jurisdiccional danés ante el que se demandó a la entidad Danvaern en primera instancia.

<sup>67</sup> V. BACHER, Gabriela, "*Zuständigkeit nach...*", *op. cit.*, p. 2140 (Según esta autora, el TJCE habría llevado a cabo una calificación funcional de los cauces procesales que de acuerdo con los Derechos nacionales pueden servir para la alegación de un contracrédito. Lo cual conduciría a una interpretación autónoma del término "reconvención" recogido en el art. 6.3 CB) y GAUDEMÉTALLON, Hélène, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2ª ed., Montchrestien, 1996, pp. 169-170, núm. 229. Una remisión al Derecho nacional se encuentra también en el art. 15 del proyecto de convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales (v. Documento Preliminar nº 11. Informe especial de la Comisión especial elaborado por Peter Nygh and Fausto Pocar (<http://hcch.net/e/workprog/jdm.html>)). Sin embargo, este precepto se referiría a la ley aplicable al crédito de la demanda inicial (art. 15: "...must be distinguished from a defence whereby the defendant relies upon the existence of a debt owed by the plaintiff to the defendant to

4. La postura del TJCE (= remisión al Derecho nacional en relación a la compensación opuesta como "mero mecanismo de defensa" frente a la pretensión del demandante) no parece muy clara. Podría entenderse de dos formas<sup>68</sup>.

5. Por una parte, cabría interpretar dicha remisión al "Derecho nacional" como la consagración de la primera de las posiciones doctrinales a las que me he referido al principio de este texto. Es decir, la de quienes defienden que cuando la compensación se ejercita por vía de "excepción", no estaría sujeta a las normas de competencia judicial internacional<sup>69</sup>. En definitiva, según estos autores, el Tribunal de Justicia estaría afirmando que el art. 6.3 CB no estaría previsto para los casos en que se ejercite una *excepción de compensación*, una *exception de compensation*, una *Set-off* o una *Prozeßaufrechnung*..., sino para aquellos en los que el demandado haga uso de la *reconvención*, la *demande reconventionnelle*, la *Counterclaim*, la *Widerklage*..., con el fin de ejercitar su contrarreclamación.

6. Por otra parte, al remitirse al "Derecho nacional", el Tribunal de Justicia podría estar haciendo referencia al Derecho procesal civil internacional autónomo del foro<sup>70</sup>. Esta opinión ha sido defendida por diversos autores alemanes con el fin

---

*extinguish or reduce the debt claimed by the plaintiff to the defendant to extinguish or reduce the debt claimed by the plaintiff. This is a defence known as "set-off" in English Law and "compensation" in French (Aufrechnung in German). The admissibility of such a defence in the proceedings is governed by the national law applicable under the choice of law rules of the court seised of the original claim...*. Como podemos observar, también aquí se parte de la distinción entre "mecanismo de defensa" y reconvención.

<sup>68</sup> Lo mismo en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 155, n. marg. 197.

<sup>69</sup> V. por ejemplo, PIEKENBROCK, A., *"Internationale (Prozess-) Aufrechnung..."*, op. cit., p. 751.

<sup>70</sup> V. por ejemplo, COESTER-WALTJEN, D., *"Die Aufrechnung..."*, op. cit., p. 36; GEBAUER, Martin, *"Internationale Zuständigkeit und Prozeßaufrechnung"*, IPrax, 2/1998, p. 86; JAYME / KOHLER, en *"Europäisches Kollisionsrecht 1995 - Der Dialog der Quellen"*, IPrax, 1995, p. 349; LEIPOLD, D., *"Comentario a..."*, op. cit., p. 220 y MANSEL, Heinz-Peter, en *"Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluß der Streitverkündung durch Prozeßvertrag"*, ZZP, 109/1996, p. 75. En contra, MANKOWSKI, Peter, en *"Comentario a la sentencia del as. Danvaern"*, ZZP, 1996, p. 394.



de hacer compatible la posición del TJCE en el as. Danvaern con la que el *Bundesgerichtshof* venía manteniendo hasta ese momento. Esta última posible interpretación podría conducir a una paradoja: que negándose en un primer momento la relevancia del art. 6.3 CB en relación con este tipo de supuestos, se terminase aplicando analógicamente cuando el Derecho internacional privado autónomo no prevea un foro reconvencional<sup>71</sup>. Así ocurriría por ejemplo, en el Derecho español.

7. Teniendo todo esto en cuenta, podrían formularse varias objeciones a la decisión del Tribunal en la sentencia del asunto Danvaern c. Otterbeck. En primer lugar, que esta solución sería demasiado formalista. Al demandado le bastaría con alegar la compensación con fines absolutorios, en lugar de reconvenir, para sustraerse a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas. Precisamente, una muestra de ello sería el cambio de estrategia procesal del demandado en este mismo asunto (= en primera instancia, la parte demandada solicitaba la condena de la demandante; ante el *Vestre Landsret* únicamente solicitó su absolución).

8. En segundo lugar, aunque la compensación se alegue como un mero medio de defensa, lo que parece claro es que el Juez que conoce de la demanda principal tendría que pronunciarse sobre la existencia del contracrédito y que su decisión a este respecto tendría eficacia de cosa juzgada. Al menos, desde el punto de vista del Derecho español (art. 408.3 LEC 1/2000). De manera que, lo más coherente sería que dicho Juez fuese competente sobre el contracrédito en la misma medida que sobre cualquier crédito respecto del cual tuviese que adoptar una decisión con efectos similares<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> No parece darse cuenta de ello ROTH en "*Aufrechnung und...*", op. cit. , p. 822.

<sup>72</sup> V. EICKHOFF, Wolfgang, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Duncker und Humblot, Berlín, 1985, pp. 164, 168, 179 y 180 ss. y GEIMER, *Internationales...*, op. cit. , p. 243; "Comentario a la sentencia del tribunal Supremo alemán 20.12.1972", NJW, 1973, p. 951; "*EuGVÜ und Aufrechnung...*", op. cit. , IPrax, 1986, p. 208; "*Zur internationalkompetenzrechtlichen Perspektive der Prozeßaufrechnung: Die internationale Zuständigkeit Deutschlands für die Aufrechnungsforderung als Voraussetzung für die Beachtung*

En el Derecho alemán, esto se deduciría de lo previsto en el § 322 II ZPO (precepto reproducido *Supra* II. 2. § 21)<sup>73</sup>. De ahí que la mayoría de los autores y tribunales alemanes fundamenten la necesidad de competencia judicial internacional respecto del crédito de la compensación en este argumento.

9. Es más, hay autores como VIRGÓS / GARCIMARTÍN que afirman que aunque la compensación sea considerada como una cuestión prejudicial no cubierta por la cosa juzgada, "...si el juez absuelve al demandado por compensación de créditos, de facto ha afirmado la existencia del crédito invocado por el demandado y es razonable que para ello se exija CJI"<sup>74</sup>.

10. En tercer lugar, esta solución vulneraría el principio de igualdad de armas procesales<sup>75</sup>. Como señala BACHER<sup>76</sup>, si en los litigios internacionales, se permitiera excepcionar la compensación sin ningún tipo de exigencia en relación a la competencia judicial internacional respecto del contracrédito, se beneficiaría notablemente la posición del demandado inicial frente a la del demandante. Este último ha asumido el riesgo de incoar un procedimiento judicial y para ello, ha tenido que acudir a un órgano judicial competente. Si lo hizo en virtud del foro general (art. 2 CB), habrá tenido que desplazarse y demandar ante los tribunales del domicilio de la contraparte (lo que también supone un coste). Si no exigiésemos competencia judicial internacional sobre el contracrédito, el demandado, que no ha asumido un riesgo equivalente, podría introducir un crédito en el proceso sin una carga procesal equiparable a la del demandante.

---

*der Aufrechnung im deutschen Prozeß*", *IPrax*, 1994, pp. 82-83 y en "*Zuständigkeit nach EuGVÜ bei Prozeßaufrechnung*", *EuZW*, 18/1995, p. 641).

<sup>73</sup> V. WERNER, F., *Umgehung von Aufrechnungshindernissen...*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>74</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>75</sup> V. GEIMER, R., "*Zuständigkeit nach...*", *EuZW*, 18/1995, p. 641. También GEIMER / SCHÜTZE, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck's, Munich, 1997, p. 192, n. marg. 69 - 70.

<sup>76</sup> BACHER, G., "*Zuständigkeit nach...*", *op. cit.*, p. 2141.

11. Por otro lado, además, el demandante no vería protegida su confianza en cuanto a que sólo tendría que defenderse en relación con el contracrédito, ante un órgano jurisdiccional competente desde el punto de vista internacional. Esto mismo lo ha señalado también BACHER<sup>77</sup>: (*"...Si respecto del crédito principal resulta aplicable el foro del art. 2 CB, es decir, el foro del domicilio del demandado, (y permitiésemos al Juez competente sobre el crédito inicial conocer del contracrédito hecho valer mediante compensación sin necesidad de tener atribuida competencia judicial internacional para ello) en consecuencia, el demandado podría también ejercitar su contracrédito ante los tribunales de su confianza, sin observar las peculiaridades derivadas del carácter internacional del litigio..."*).

12. Por último, con ello, además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se estaría apartando de manera implícita, de lo que parecía derivarse de los asuntos en que anteriormente se había ocupado de la compensación<sup>78</sup>. Una buena muestra de ello es el fragmento de la sentencia del as. Autoteile c. Pierre Malhé recogida al principio de este epígrafe.

13. En efecto, en las tres decisiones prejudiciales relacionadas con supuestos de compensación anteriores al as. Danvaern, el Tribunal de Justicia parecía mantener, al menos implícitamente, que las normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas resultan aplicables al crédito de la compensación<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> V. *ib. id.*, p. 2141.

<sup>78</sup> Concretamente, en los asuntos Meeth c. Glacetal (23/78), Spitzley c. Sommer (48/84), (v. Rec., 1985, P. I-0787) y Autoteile c. Malhé (220/84) (v. Rec., 1985, p. I-2267).

<sup>79</sup> V. MERLIN, Elena, "Riconvenzione e compensazione al vaglio della corte di giustizia (una nozione comunitaria de "eccezione"?), *Rivista di Diritto processuale*, 1/1999, pp. 52 ss.

14. Entre dichas sentencias destaca, en primer lugar, la del as. Spitzley c. Sommer<sup>80</sup>. Este ha sido el supuesto en el que el Tribunal de Justicia se ha mostrado favorable con una mayor claridad a la aplicación de una norma de competencia judicial internacional a la compensación: el foro de la sumisión tácita del art. 18 CB.

Lo que el TJCE afirmó en esta decisión fue que la interpretación de la sumisión tácita contenida en la sentencia del as. Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain<sup>81</sup> (= la comparecencia del demandado sin impugnar la competencia da lugar a la atribución de competencia judicial internacional, salvo que otro tribunal o los tribunales de otro Estado contratante sean exclusivamente competentes de acuerdo con el art. 16 CB) serviría tanto en los casos en que un crédito se ejercite por vía de demanda, como cuando se oponga mediante una excepción de compensación.

15. En segundo lugar, en el as. Autoteile Service c. Pierre Malhé<sup>82</sup>, el Tribunal de Justicia estimó que hubiera supuesto un abuso del procedimiento admitir ante

---

<sup>80</sup> Una explicación más detallada de esta sentencia se realiza *Infra* III. 2.5. §§ 5 – 8.

<sup>81</sup> as. 150/80, *Rec.*, 1981, p. 1671.

<sup>82</sup> Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán. En el litigio principal, la demandante era la sociedad AS – Autoteile, con domicilio en Alemania. Ésta se dedicaba al reciclaje de piezas usadas de automóviles y había mantenido relaciones comerciales con otra sociedad domiciliada en Alemania (PAT GmbH), de la que era socio el Sr. Pierre Malhé. Este Sr. (demandado) era a su vez, propietario de la *Sociedad de Reciclaje de Piezas de Automóviles* domiciliada en Saleux (Francia). Como consecuencia de un suministro de mercancías defectuosas, la sociedad Autoteile demandó ante el *Landesgericht* de Bonn a la sociedad PAT y obtuvo una sentencia condenando a dicha entidad al pago de una determinada cantidad. Cuando se intentó la ejecución de dicha sentencia, se comprobó que la entidad demandada era insolvente. AS – Autoteile consideró que la sociedad PAT había transferido ilícitamente a su socio Pierre Malhé el líquido de la sociedad bajo la forma de beneficios ficticios. Por ello, demandó nuevamente y obtuvo una resolución contra el Sr. Malhé fundada en un enriquecimiento sin causa. A raíz de dicha resolución, AS – Autoteile demandó al Sr. Malhé ante el *Landesgericht* de Baden – Baden. Este tribunal alemán condenó a Malhé al pago de las sumas constitutivas del enriquecimiento sin causa a expensas de la sociedad PAT. El Sr. Malhé apeló esta sentencia ante el *Oberlandesgericht* de Karlsruhe, el cual se consideró incompetente para conocer de la misma, ya que el presunto deudor estaba domiciliado en Francia. Contra esta decisión, AS – Autoteile interpuso recurso de casación. Mientras este procedimiento aún se encontraba en curso, el *Landesgericht* de Baden – Baden dictó una resolución imponiendo a AS – Autoteile las costas del litigio. Ante esta situación, AS – Autoteile formuló ante ese mismo tribunal una acción de oposición

el órgano encargado de la ejecución de una resolución de condena en costas<sup>83</sup>, la compensación con un crédito para el que el mismo tribunal se había declarado previamente incompetente desde el punto de vista internacional. Aunque el argumento central que manejó fue el del "abuso del procedimiento", en dicho asunto el Tribunal de Justicia también afirmó que el ejercicio por vía de excepción de pretensiones cuyo conocimiento corresponde a un tribunal o a los tribunales de otro Estado contratante en virtud del foro general (art. 2 CB) ante el juez competente de acuerdo con el art. 16.5 CB, sería contrario al reparto de competencias establecido en el convenio<sup>84</sup>. Con ello, el Tribunal estaría volviendo a señalar, al menos implícitamente, la trascendencia de las normas de competencia judicial internacional en relación con la excepción de compensación.

16. Por último, en el as. Meeth c. Glacetal<sup>85</sup> se trataba de determinar si una cláusula de sumisión recíproca a los tribunales de la parte que, en su caso, pudiera ocupar la posición del demandado, afectaba a la posibilidad de alegar un crédito mediante compensación. En este asunto, al hilo de la interpretación del foro de la sumisión expresa del art. 17 CB, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó que aunque los acuerdos de elección de foro se refieren en primer lugar al ejercicio de pretensiones mediante demanda, podrían llegar a afectar al ejercicio de un crédito mediante la excepción de compensación. De nuevo, el TJCE estaría aceptando de forma implícita, que las normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas de 27.9.1968 serían relevantes respecto de la compensación alegada como "mecanismo de defensa"<sup>86</sup>.

---

a la ejecución en virtud del art. 767 ZPO en la que invocaba la compensación de la condena en costas con el crédito resultante del supuesto enriquecimiento sin causa de Malhé.

<sup>83</sup> Respecto de la ejecución, la CJI se atribuyó ex art. 16.5 CB.

<sup>84</sup> V. Fundamento 17 de la sentencia, recogido al inicio del texto.

<sup>85</sup> Para una explicación más detallada de este asunto v. *Infra* III. 2.3.

<sup>86</sup> V. GOTTWALD, Peter, "Die Prozeßaufrechnung im europäischen Zivilprozeß", *IPrax*, 1/1986, pp. 11-12.

17. Desde mi punto de vista, sería más acertada la posición del TJCE que parecía deducirse implícitamente de estas decisiones anteriores al as. Danvaern. Es decir, que aunque los Derechos nacionales de los Estados comunitarios reconozcan distintos cauces jurídicos para ejercitar la compensación en el seno de un proceso, todos ellos habrían de equipararse en cuanto a las exigencias de competencia judicial internacional<sup>87</sup>.

18. Los defensores de la irrelevancia de las normas de competencia judicial internacional respecto de la compensación ejercitada como "mera defensa" suelen dirigir dos críticas a la posición aquí defendida. En primer lugar, algunos autores alegan que cuando la ley aplicable a la compensación la prevea como parte del derecho material, la exigencia de competencia judicial internacional provocaría la privación injustificada de un derecho subjetivo. Por ejemplo, ROTH ha afirmado que dicha exigencia vulneraría *"...el interés del demandado en la posibilidad de alegar un contundente mecanismo de defensa, en aquellos casos en los que la compensación fuese eficaz desde el punto de vista sustantivo"*<sup>88</sup>.

19. Frente a esta primera crítica puede aducirse, como remedio, que el número de supuestos en que esta privación se produciría sería bastante reducido. Ello se desprende de los múltiples foros de competencia judicial internacional potencialmente aplicables al contracrédito.

20. Además, de todos modos, la privación sólo tendría lugar si entendiésemos que cuando el Juez ante el que se interpone la demanda inicial es incompetente respecto del contracrédito la única vía que le quedaría al demandado sería su ejercicio en un procedimiento independiente. Esta privación no se produciría si a instancias del demandado, se pudiera suspender el primer procedimiento mientras

---

<sup>87</sup> V. LEIPOLD, D., "Comentario...", *op. cit.*, p. 221; NAGEL, Heinrich / GOTTWALD, Peter, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4ª ed., Aschendorff, Münster, 1997, p. 75 y SCHRÖDER, Jochen, *Internationale Zuständigkeit*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971, p. 595.

<sup>88</sup> V. en *"Aufrechnung und..."*, *op. cit.*, p. 819. También COESTER-WALTJEN hace especial hincapié en esto en *"Die Aufrechnung..."*, *op. cit.*

el tribunal competente decidiese sobre la existencia del contracrédito<sup>89</sup>. El demandante no se vería perjudicado por esta medida porque podría solicitar la ejecución provisional de su crédito.

Se trataría por tanto, de una solución semejante a la prevista en el Derecho procesal alemán para los litigios internos en el §145 ZPO relativo a la separación de demandas inconexas.

Esta suspensión no tendría como fin necesariamente que el tribunal competente sobre el contracrédito dictase su ejecución, sino que declarase la existencia o inexistencia de dicho crédito, por lo que el riesgo de "doble ejecución" al que se refiere ROTH no tendría porqué darse<sup>90</sup>.

21. La segunda crítica que se formula estaría muy ligada a la anterior. La privación del derecho a compensar implicaría según los mismos autores, la inoperatividad de la función de garantía de la compensación<sup>91</sup> en los litigios internacionales. Esta función consiste en que el deudor concede crédito sobre la base de que podrá compensar, con lo que asegura el cobro, en especial frente a posibles crisis patrimoniales de la contraparte<sup>92</sup>. No se trataría de una garantía real en sentido estricto, sino que más bien operaría con una garantía "en sentido económico".

---

<sup>89</sup> A favor: VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 155 ("...Parece más razonable exigir CJI sobre el crédito que se invoca como fundamento de la compensación cuando dicho crédito no es controvertido. Y si el juez principal no la posee, debería suspender el procedimiento y esperar a que el tribunal competente resolviese sobre dicho crédito (o al menos darle un plazo al demandado para que acuda a él)"). En contra, GEBAUER, M., *"Internationale Zuständigkeit..."*, op. cit., p. 86.

<sup>90</sup> En *"Aufrechnung und..."*, op. cit., p. 820.

<sup>91</sup> Explicada en el marco del Derecho español, por ejemplo, en MASCARENAS, Carlos E., voz "compensación", op. cit., pp. 480 - 481.

<sup>92</sup> V. MÁRQUEZ ROMERO, Pedro, *La reconvencción...*, op. cit., p. 29.

22. Como afirma GEBAUER<sup>93</sup> la eliminación de la función de aseguramiento de la compensación no se corregiría mediante la posibilidad de suspender el procedimiento a la espera de una decisión sobre la existencia o inexistencia del contracrédito por parte del tribunal competente.

No obstante, desde mi punto de vista, para que un acreedor se beneficie de dicha función de garantía, debería encontrarse en condiciones de prever (= de tener una expectativa lo suficientemente fundada) que podrá compensar.

Para ello se requeriría bien que los créditos fuesen indiscutidos o bien que hubiesen nacido *ex eadem causa*. Esto es, que fuesen conexos. De ello se deduciría que la función de aseguramiento no se vería afectada por la aplicación de las normas de competencia judicial internacional sobre el contracrédito.

23. En el primer caso (= el de los créditos indiscutidos), porque el Juez podría admitir la compensación sin necesidad de tener atribuida competencia judicial internacional en relación con el contracrédito. En efecto, se trataría de un crédito no litigioso, por lo que nos encontraríamos ante uno de los supuestos excluidos de la exigencia general de competencia judicial internacional sobre el crédito de la compensación.

24. En el segundo supuesto, porque de acuerdo con el foro de la reconvención del art. 6.3 CB el Juez de la demanda inicial tendría atribuida competencia judicial internacional respecto del crédito de la compensación sobre la base de la conexión contractual existente entre las contrarreclamaciones.

25. Por último, hay quien afirma que las ventajas "en abstracto" de la compensación serían superiores a los perjuicios que sufriría el demandante si el Juez de la demanda inicial pudiera entrar a conocer de la misma cuando no

---

<sup>93</sup> "Internationale Zuständigkeit...", *op. cit.*, pp. 83 ss.



tuviese atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito<sup>94</sup>. Además de que no parece que esto justifique suficientemente la inaplicación de las normas de la competencia judicial internacional, resulta contradictorio que estos mismos autores sí se muestren favorables al respeto de dichas normas en el caso de que se hubiera pactado una cláusula de elección de foro aplicable a dicho crédito<sup>95</sup>.

### **1.3. Supuestos excluidos de una necesaria atribución de competencia judicial internacional**

1. A la afirmación general según la cual sería necesario que el Juez competente para la demanda inicial tuviera atribuida competencia judicial internacional respecto del crédito de la compensación, incluso en aquellos casos en que ésta se ejercitase con fines meramente absolutorios (= mediante la excepción de compensación) cabría hacer dos excepciones<sup>96</sup>. En efecto, siguiendo a la doctrina alemana, no se precisaría competencia judicial internacional sobre el contracrédito, en primer lugar, cuando éste no fuese controvertido. Esto es, en aquellos casos en los que el demandado inicial opusiera un contracrédito indiscutido<sup>97</sup>.

2. En segundo lugar, tampoco sería necesaria competencia judicial internacional sobre el contracrédito, si existiese una resolución judicial anterior con efectos de cosa juzgada en relación con dicho crédito.

---

<sup>94</sup> V. PIEKENBROCK, A., "*Internationale (Prozess-) Aufrechnung...*", *op. cit.*, p. 753.

<sup>95</sup> V. *ib. id.*, p. 753.

<sup>96</sup> V. FASCHING, Hans W., *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, Manz, Viena, 2000, p. 1412, n. marg. 325 y WERNER, F., *Umgehung von Aufrechnungshindernissen...*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>97</sup> Lo mismo en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.*, p. 155, n. marg. 197. Como señalan estos autores, en este caso y en aquellos en los que exista una decisión judicial firme sobre el contracrédito el papel del Juez se limitaría a liquidar los créditos.

3. Si exigiésemos competencia judicial internacional respecto del crédito que se opone en compensación en estos dos grupos de supuestos del mismo modo que cuando éste se hiciese valer mediante demanda en un procedimiento independiente, estaríamos perjudicando injustificadamente al demandado desde el punto de vista de sus derechos de defensa<sup>98</sup>.

4. Por consiguiente, la afirmación general formulada más arriba en cuanto a la exigencia de competencia judicial internacional sobre el contracrédito sólo sería válida para los casos en los que el demandado ejercitase un contracrédito litigioso, ya fuese conexo o inconexo.

#### **1.4. Las consecuencias de la exigencia de competencia judicial internacional: Los criterios de atribución de competencia potencialmente aplicables al contracrédito**

1. Según lo expuesto hasta ahora, cuando nos encontremos ante un contracrédito litigioso, opuesto por vía de reconvención o de excepción a los efectos de una compensación, habríamos de acudir a las normas del Título II del convenio de Bruselas de 27.9.1968 con el fin de determinar si alguno de los criterios de atribución de competencia judicial internacional contenidos en dichas normas resultaría aplicable al mismo. Esto, siempre y cuando desde el punto de vista temporal y espacial dicho convenio resultase aplicable.

2. De acuerdo con ello, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en relación con el crédito de la compensación, podría derivar:

(1) De la autonomía de la voluntad de las partes. Podría atribuirse tal competencia en virtud de una sumisión tácita (art. 18 CB) o expresa (art. 17 CB).

---

<sup>98</sup> V. SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck's, Munich, 1996, p. 134, n. marg. 355.

(2) Del foro general (art.2 CB). Esto es, atendiendo al criterio del domicilio del demandado.

(3) Del foro especial en materia contractual (art. 5.1 CB).

(4) Por último, cabría aplicar el foro especial por conexidad del art. 6.3 CB, siempre que pudiera afirmarse que nos encontrásemos ante créditos conexos.

3. Como puede observarse, los criterios de atribución de competencia judicial internacional potencialmente aplicables al contracrédito serían múltiples. De tal modo que, los efectos de una compensación de créditos materialmente admisible se verían limitados en la práctica por falta de competencia judicial internacional en un número de casos muy reducido.

4. La aplicación de la última norma de competencia judicial internacional mencionada (= el foro de la reconvención del art. 6. 3 CB), resultaría especialmente problemática, por lo que merece ser tratada en un epígrafe independiente.

#### **1.5. La aplicación del foro de la reconvención del art. 6. 3 CB a la compensación de créditos: tres problemas**

##### *(A) La noción de "reconvención"*

1. Una de las normas de competencia judicial internacional potencialmente aplicables a la compensación de créditos es el foro por conexidad procesal contenido en el art. 6. 3 del convenio de Bruselas de 27.9.1968<sup>99</sup>. Esta afirmación, de manera coherente con lo que he señalado hasta el momento, se contrapondría

---

<sup>99</sup> Según este art. : *"Las personas a las que se refiere el art. anterior podrán también ser demandadas: ...(3) Si se tratare de una reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el tribunal que estuviere conociendo de esta última".*

con lo manifestado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el as. Danvaern, ya que el Tribunal prefirió dejar al margen de este precepto aquellos casos en que la compensación se opone con fines absolutorios.

2. El art. 6.3 CB se refiere de manera expresa a los supuestos en que el demandado inicial plantea una reconvencción. De ello puede deducirse que en los procesos sustanciados ante los tribunales españoles, cuando se trate de una compensación judicial no habrá duda de la aplicabilidad del art. 6. 3 CB. (En estos casos, el demandado deberá hacer uso de una contrademanda para hacer valer el contracrédito).

3. Sin embargo, cuando el demandado oponga la excepción de compensación, la aplicación de dicho precepto sólo cabrá si efectuamos una interpretación auténtica del concepto de "reconvencción". Nos encontraríamos en este caso, ante un aspecto de la norma convencional que ha generado un desarrollo hermenéutico problemático. Esto es, sobre el que el Tribunal de Justicia habría hecho una lectura poco satisfactoria.

4. Según el esquema propuesto por VIRGÓS / GARCIMARTÍN en su trabajo "El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical"<sup>100</sup> se trataría de un "fallo" del convenio del "tipo dos"<sup>101</sup>.

5. Los otros dos tipos de fallos serían, por un lado, aquellos en los que la solución vigente no fuese correcta *de lege ferenda* (= la decisión de política legislativa por la que se hubiese decantado el legislador convencional supusiera

---

<sup>100</sup> En *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegria Borrás ed., Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 78.

<sup>101</sup> Según los propios autores (p. 78): "El segundo tipo de problemas se suele plantear cuando la solución de política legislativa no está clara; la norma convencional permite varias interpretaciones y esto ha provocado consecuencias negativas, bien porque la interpretación mayoritaria sea inadecuada, bien porque no hay una interpretación mayoritaria, sino varias opiniones divergentes...".

más inconvenientes que ventajas) y por otro, aquellos en los que simplemente el "estilo legal" pudiera considerarse mejorable (= cuando siendo correcta la decisión material del legislador y sin que ésta plantease problemas interpretativos la redacción no fuese idónea)<sup>102</sup>. El más grave de todos ellos, sería un fallo del "tipo uno". En esos casos, siempre que existiere una alternativa mejor, sería aconsejable una modificación legislativa. Por el contrario, un problema de interpretación (= un fallo del "tipo dos") podría ser subsanado por vía hermenéutica, sin necesidad de afrontar los costes de una reforma. No habríamos de pasar entonces, a la propuesta de una "alternativa mejor".

6. La vía para ello, en este caso, sería la interpretación autónoma de la noción "reconvención" empleada en el art. 6. 3 CB<sup>103</sup>. Esta clase de interpretación es la preferida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando existen divergencias entre los Derechos de los Estados contratantes en cuanto a la regulación de una figura jurídica<sup>104</sup>, como ocurre en este caso. De este modo, se garantiza el principio de aplicación uniforme del CB<sup>105</sup> y el de previsibilidad<sup>106</sup>. En

---

<sup>102</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., "El convenio de Bruselas y las propuestas...", *op. cit.*, p. 78.

<sup>103</sup> A favor: VIRGÓS, Miguel / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.*, p. 154, n. marg. 196. Sobre la interpretación autónoma puede leerse: VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., "Pluralidad de fuentes y unidad...", *op. cit.*, pp. 262 ss. y VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.*, pp. 69 ss.

<sup>104</sup> V., por ejemplo, las siguientes sentencias del TJCE: (1) 19.1.1993, as. Sherason Lehman Hutton, C-89/91, Fundamento 13, *Rec.*, 1993, p. I - 139; (2) 21.6.1978, as. Bertrand, C-150/77, Fundamentos 14 a 16 y 19, *Rec.*, p. 1431; (3) 17.6.1992, as. Handte, C-26/91, Fundamento 10, *Rec.*, p. I - 3967; (4) 26.5.1981, as. Procédure pénale contre Siegfried Ewald Rinkau, C-157/80, Fundamento 11, *Rec.*, 1981, p. I - 139.

<sup>105</sup> V. KAYE, Peter, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, *Professional Books*, 1987, p. 652.

<sup>106</sup> En cuanto a la interpretación autónoma favorece la adopción de soluciones previsibles y ciertas v. por ejemplo, la STJCE 9.1.1997, as. Rutten c. Cross-Medical, Fundamento 12, *Rec.*, 1997, p. I - 74.

consecuencia, también sería la solución más adecuada para interpretar el término reconvención del art. 6. 3 CB<sup>107</sup>.

*(B) Ámbito de aplicación espacial: el art. 6.3 CB y la conexión comunitaria*

1. Hemos dicho que los litigios internacionales a los que nos venimos refiriendo se encontrarían, desde el punto de vista material y temporal, dentro del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 27.9.1968. La única variable sería entonces, la localización del domicilio del demandado (ya sea el inicial o el reconvencional).

2. Con carácter general, para aplicar las normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas, se requiere que el demandado esté domiciliado en un Estado contratante (art. 2 CB). De ser así, se considera que el litigio tiene suficientes vínculos con la Unión Europea como para que se apliquen las normas del convenio<sup>108</sup>.

3. En principio, la "conexión comunitaria" determinaría también la aplicación del art. 6.3 CB, pues eso es lo que se deduciría de una interpretación estricta de su

---

<sup>107</sup> A favor: RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, *Los acuerdos atributivos de competencia en Derecho Comunitario Europeo*, Eurolex, Madrid, 1994.

<sup>108</sup> A este respecto se refiere el considerando (8) del reglamento (CE) nº 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE, 16.1.2001, L12, p.1): "los litigios a los que se aplica el presente Reglamento deben presentar un nexo con el territorio de los Estados miembros sujetos a dicho Reglamento. Por consiguiente, las reglas comunes sobre competencia judicial se aplicarán, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en uno de dichos Estados miembros".

tenor literal<sup>109</sup>. Pero existen razones que justificarían una interpretación *praeter legem*<sup>110</sup> en este caso.

4. Por una parte, el fundamento de estos foros no se encontraría en la proximidad del supuesto con el territorio de un determinado Estado, sino en la vinculación procesal de una pluralidad de objetos procesales. En consecuencia, el ámbito de aplicación espacial del convenio de Bruselas perdería relevancia en relación con los foros por conexidad en general y del art. 6.3 CB, en particular.

5. Por otra, en el plano del Derecho autónomo, la Ley Orgánica del Poder Judicial no prevé foro por conexidad alguno. Para no frustrar los fines del sistema español de normas de competencia judicial internacional (esto es, para garantizar, entre otros, los principios de economía procesal y armonía de decisiones) la alternativa sería aplicar el art. 6.3 CB con independencia de dónde se encuentre situado el domicilio de las partes. A no ser que prefiramos entender que se trataría de un problema de competencia funcional, por lo que resultaría aplicable lo previsto a este respecto, en el caso de la LEC 1/2000, en el art. 61<sup>111</sup>.

Esta segunda posibilidad no parece ser la más adecuada. En la medida de lo posible ha de acudirse a las normas sobre la competencia judicial internacional aunque sea por vía de una interpretación amplia de las mismas para resolver problemas como el aquí planteado, en lugar de a las normas sobre la competencia judicial interna. El motivo de esta afirmación sería que los intereses en presencia en los litigios internacionales son cualitativamente distintos a los de los procesos

---

<sup>109</sup> "Las personas a las que se refiere el art. anterior podrán también ser demandadas...". El art. 5 CB, por su parte, comienza así: "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante". Como vemos, parece deducirse que el art. 6. 3 CB se aplica sólo frente a demandados reconvencionales (= demandantes iniciales) domiciliados en la UE.

<sup>110</sup> Sobre la interpretación *praeter legem*, v. LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlín / Heidelberg / Nueva York, 1995, p. 189.

<sup>111</sup> V. art. 55 de la LEC 1881.

internos y las normas sobre la competencia interna están en principio, pensadas para estos últimos.

6. En cuanto al ámbito de aplicación espacial de este precepto, los supuestos considerados problemáticos por la doctrina serían los tres siguientes:

7. En primer lugar, aquellos en los que la competencia judicial internacional para la demanda inicial se hubiera determinado de acuerdo con las reglas del convenio de Bruselas de 1968 (el demandado inicial está domiciliado en un Estado contratante), pero el demandado reconvencional (= el demandante inicial) tuviera su domicilio fuera del territorio comunitario.

8. En segundo término, aquellos en los que el demandado inicial no estuviera domiciliado en un Estado parte, pero el demandado reconvencional sí.

9. Por último, aquellos en los que ninguna de las partes se encontrara domiciliada en la Unión Europea.

10. Las razones para considerar que los tribunales españoles serían competentes en todos estos casos si se ejercita una compensación conexa (cualquiera que sea el cauce procesal empleado) son las que he expresado más arriba. No obstante, voy a referirme a algunos de los argumentos manejados por quienes se oponen a la aplicación del art. 6.3 CB en este tipo de supuestos, prestando especial atención al segundo (es decir, a aquél en el que el demandado inicial no estuviera domiciliado en la UE, pero el demandado reconvencional sí).

LLama la atención que haya sido este tipo de casos el que más críticas ha suscitado en cuanto a la posible aplicación del art. 6.3 CB. El motivo de la afirmación anterior es que el supuesto encajaría perfectamente en el tenor literal del precepto, el cual, expresamente, sólo se refiere al domicilio del demandado reconvencional (= demandante inicial). Es decir, junto al supuesto en el que



ambas partes estuviesen domiciliadas en la UE, se trataría de una situación en la que podría jugar de manera "paradigmática" la regla de la conexión comunitaria.

11. Entre los argumentos que recientemente se han alegado en contra de esta afirmación destacan dos. Primero, el argumento basado en los foros reconvencionales para materias específicas previstos en el convenio de Bruselas. Se acude a los foros reconvencionales especiales en materia de seguros y de consumidores (arts. 14, III y 11, II CB)<sup>112</sup> con el fin de intentar justificar que sería necesario que la competencia judicial internacional para la demanda inicial se hubiera fundamentado en las normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas para que pudiese operar el art. 6.3 CB<sup>113</sup>.

Efectivamente, estos foros reconvencionales funcionarían de manera más restringida que el del art. 6 (= foro reconvencional general). Pero, también es cierto que, en relación con ellos no se exige conexión fáctica o contractual entre las contrademandas. La conexión entre estas derivaría de la materia objeto del litigio. Esto es, para reconvenir en virtud de los arts. 14, III y 11, II CB será necesario que ambas demandas se refieran a esas concretas materias y que la competencia judicial internacional del tribunal se hubiese atribuido en aplicación de las normas previstas en las respectivas Secciones del convenio.

12. En mi opinión, sería más adecuado entender que la omisión de una referencia de este tipo en el foro reconvencional "general" implicaría que "lo no prohibido está permitido". Es decir, que la omisión es "consciente" y la norma se aplicaría con mayor flexibilidad que la de los foros reconvencionales "especiales".

---

<sup>112</sup> Arts. 12.2 y 16 del nuevo reglamento. A ellos se añadirá, a partir de la entrada en vigor del mismo, el foro reconvencional en materia de contratos individuales de trabajo del art. 20.

<sup>113</sup> V. GARAU SOBRINO, F., en AA. VV. (CALVO CARAVACA...), *Comentario al...*, op. cit., p. 185.

13. En segundo lugar, algunos autores han señalado que cuando la competencia judicial internacional para la demanda inicial no se hubiera determinado en virtud del convenio de Bruselas, sino según las normas de competencia judicial internacional del Derecho procesal civil autónomo, no debería aplicarse el art. 6.3. CB<sup>114</sup> porque podría "extenderse la aplicación de un foro exorbitante" en el ámbito comunitario<sup>115</sup>. Este argumento no parece convincente. Nos guste o no, la aplicación de foros exorbitantes frente a los domiciliados fuera de la Unión Europea no se concibe como un peligro en el convenio de Bruselas. El art. 4 CB permite de modo expreso, que el demandante domiciliado en un Estado contratante invoque frente al demandado no domiciliado en la UE, las reglas previstas en el párrafo II del art. 3.

14. Por último, también se aduce por parte de estos autores, que resultaría inadecuado que el demandado no domiciliado en el territorio comunitario se beneficiase de las normas de reconocimiento y ejecución del convenio de Bruselas.

15. Este segundo argumento es el de menor peso, puesto que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de los Estados contratantes se benefician, como regla general, del régimen de reconocimiento y ejecución del Título III CB, sin control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen<sup>116</sup>. Es

---

<sup>114</sup> Para este argumento y el siguiente, V. MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel A., "El art. 6.3 del Convenio de Bruselas" en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás ed., Marcial Pons, Madrid p. 357 y en "Sobre la interpretación del art. 6.3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", *REDI*, 2/1997, pp. 56-57.

<sup>115</sup> Es de suponer que el autor se refiere a los casos en que uno de los foros recogidos en el art. 3, II CB hubiese servido para atribuir competencia judicial internacional respecto de la demanda inicial.

<sup>116</sup> Salvo, según el art. 28 CB, en materia de seguros, consumidores, en el caso de las competencias exclusivas (Secciones 3ª, 4ª y 5ª del Título II) y del supuesto del art. 59 CB (en virtud de este precepto: "El presente Convenio no impedirá que un Estado contratante se comprometa con un Estado tercero, en virtud de un Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, a no reconocer una resolución dictada en otro Estado contratante contra un demandado que tuviere su domicilio o su residencia habitual en un Estado tercero, cuando, en caso previsto en el art. 4 la resolución sólo hubiere podido fundamentarse en un criterio de competencia

decir, el convenio no hace depender la aplicación de los arts. 25 y ss de dónde se encuentre situado el domicilio del demandado, sino de que un tribunal de un Estado parte haya adoptado la resolución<sup>117</sup>.

(C) *La expresión "derivada del hecho o contrato en que se fundamentare la demanda inicial"*

1. El único requisito que debería concurrir para poder aplicar el art. 6. 3 CB en los supuestos en los que el demandado haga valer un crédito en un litigio internacional de naturaleza patrimonial, ya sea mediante reconvención o por la vía de una excepción de compensación, sería una determinada conexión entre las contrarreclamaciones.

2. Sobre la necesidad de "conexión", el TJCE se ha pronunciado en el marco del foro de la pluralidad de demandados (art. 6.1 CB) en el as. Kalfelis<sup>118</sup>.

3. Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en relación con un litigio entre el Sr. Athanasios Kalfelis (demandante) y los bancos *Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co*, domiciliado en Alemania, *Schröder, Münchmeyer, Hengst International*, filial del anterior con domicilio en Luxemburgo y el Sr. Ernst Markgraf, coapoderado del primero (demandados).

---

*contemplado en el art. 3 párrafo segundo. Sin embargo, ningún Estado contratante podrá comprometerse con un Estado tercero a no reconocer una resolución dictada en otro Estado contratante por un tribunal cuya competencia se hubiere fundamentado en la existencia en dicho Estado de bienes pertenecientes al demandado o en el embargo por parte del demandante de bienes existentes en dicho Estado: 1. si la demanda se refiriere a la propiedad o posesión de dichos bienes, persiguiera obtener la autorización de disponer de los mismos o se relacionare con otro litigio relativo a dichos bienes o, 2. si los bienes constituyeren la garantía de un crédito que hubiere sido objeto de la demanda".*

<sup>117</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. , "Pluralidad de fuentes y unidad...", *op. cit.* , p. 272.

<sup>118</sup> Sentencia de 27.9.1988, *Rec.*, 1988, pp. I - 5565 a I - 5588. Explicado por VIRGÓS / GARCIMARTÍN en *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.* , p. 146, n. marg. 182.

El Sr. Kalfelis había efectuado con el banco domiciliado en Luxemburgo, por medio de la entidad de crédito con domicilio en Alemania y a través del coapoderado de éste, una serie de operaciones bursátiles. Como consecuencia de las mismas, el demandado sufrió cuantiosas pérdidas, por lo que interpuso una demanda ante los tribunales alemanes dirigida contra todos ellos.

El Tribunal Supremo alemán preguntó al Tribunal de Justicia, entre otras cuestiones, si debía exigirse conexión para poder aplicar el foro del art. 6. 1 CB y cómo habría entonces, de entenderse ésta.

4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó que en el caso del foro por conexidad de la pluralidad de demandados debía concurrir una conexión similar a la que se prevé en el art. 22 CB (conexidad). De tal manera que las demandas habrían de estar vinculadas en cuanto a su instrucción..

5. De este modo, habría de colmarse la laguna del art. 6. 1 CB que en la versión vigente del convenio no se refiere expresamente a tal necesidad. Sí que se recoge el requisito de la conexión, por el contrario, en el Reglamento comunitario relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que entrará en vigor el primero de marzo de 2002<sup>119</sup>. Dicha exigencia aparece recogida en los siguientes términos: *"...siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo con el fin de evitar resoluciones que podrían ser conciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente"*. De tal manera que la doctrina del TJCE en el as. Kalfelis ha sido tomada en cuenta por el legislador convencional al efectuar la reforma de estos artículos.

6. La solución alcanzada por el TJCE en ese caso se entendía muy bien desde el punto de vista de la *ratio* de los dos preceptos implicados (arts. 6.1 y 22 CB).

---

<sup>119</sup> V. DOCE 16.1.2001, L12, p. 4.

Ambos responden al principio de armonía de las decisiones judiciales (= reducción de decisiones incompatibles) en el ámbito comunitario, con independencia de que uno se encuentre situado en el marco de las normas de atribución de competencia judicial internacional (Título II) y el otro en el de las de reconocimiento y ejecución (Título III).

7. El art. 6.3 CB sí contiene una referencia expresa a que las demandas han de tener una cierta vinculación contractual o fáctica. Referencia que se mantiene en el reglamento comunitario, en los mismos términos<sup>120</sup>.

8. No obstante, desde el punto de vista de la reconvención internacional, además del principio de armonía de las decisiones tendría una importancia fundamental el principio de economía procesal<sup>121</sup>. El foro reconvencional facilita la concentración de demandas ante un mismo tribunal. El art. 22 CB, sin embargo, sería ajeno a este segundo principio.

9. Lo anterior podría justificar una interpretación amplia de la expresión *"derivada del contrato o hecho en el que se fundamentare la demanda inicial"*<sup>122</sup>. Esto sería especialmente interesante cuando el art. 6.3 CB se aplicara a la compensación de créditos, puesto que ésta suele invocarse entre partes que mantienen relaciones comerciales habituales sin que los créditos recíprocos deriven necesariamente de un mismo contrato. Esta opinión no resultaría incompatible con una interpretación rígida de la conexión contractual. Si se tratase de contratos diferentes pero dentro del marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes, podría aplicarse el art. 6.3 CB por la vía de la

---

<sup>120</sup> V. DOCE, 16.1.2001, L12, p. 5.

<sup>121</sup> KILLIAS, Laurent, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Schulthess, Zurich, 1993, p. 232.

<sup>122</sup> A favor: VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 154 (*"...aunque haya distintos contratos en sentido técnico, debe atenderse a la unidad de relación jurídica entre las partes. El art. 6.3 permite reconvenir si el fundamento de la reconvención se enmarca dentro de la misma relación"*).

"conexión fáctica"<sup>123</sup>. Es decir, en ese caso se trataría de una reconvención "...derivada del...hecho en que se fundamentare la demanda inicial".

10. Parece convincente, pues, entender que la conexión precisada se da siempre en los supuestos de compensación por vía subjetiva<sup>124</sup>. Pues, en tal caso, no hubiera sido necesario que el precepto contuviera una referencia expresa al tipo de conexión que se quiere: contractual o fáctica.

11. La interpretación amplia de la conexión que exige el art. 6.3 CB, se apoyaría también en las circunstancias en las que tuvo lugar la elaboración del precepto<sup>125</sup>. Como ya ha señalado BERAUDO<sup>126</sup>, hay que tener en cuenta lo señalado en el *Informe Jenard* a este respecto: más que restringir la interpretación de la conexión necesaria para que opere el foro reconvencional, la referencia expresa a la vinculación contractual o fáctica entre las contrarreclamaciones pretendería explicar la noción, al ser ésta desconocida para algunos de los ordenamientos de los Estados partes. Literalmente, este autor afirma: "...Il semble que cette rédaction restrictive ne traduise pas exactement la volonté des négociateurs. Ceux-ci ont eu à l'esprit le seul lien de connexité. C'est parce que la notion n'était pas connue de tous les systèmes juridiques, qu'ils ont employé les termes qui figurent au texte, eux-mêmes inspirés du projet de Code judiciaire belge".

12. En conclusión, la conexión contractual o fáctica del art. 6.3 CB debería interpretarse en sentido amplio. De tal modo que se permitiría su aplicación por

---

<sup>123</sup> Un ejemplo de aplicación del foro de la reconvención del art. 6.3 a contrarreclamaciones derivadas de contratos distintos lo encontramos en la sentencia de 18.2.1994 de la *Cour de cassation* (Francia) ref. en SALERNO, Francesco, "European International Civil Procedure: The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention", *European Private International Law*, Ars aequi libri, Nijmegen, 1998, p. 132.

<sup>124</sup> En contra, GARAU SOBRINO, F., en AA. VV. (CALVO CARAVACA...), *Comentario a...*, op. cit., p. 189.

<sup>125</sup> También en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 154.

ejemplo, a los supuestos en que los contracréditos no deriven de un mismo contrato, pero se enmarquen en las relaciones comerciales habituales entre las partes.

## 2. PRORROGACIÓN DE FORO Y COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

*"...Que la cuestión de determinar en qué medida un órgano jurisdiccional, que conoce de un asunto en virtud de una atribución recíproca de competencia, tal como la que figura en el contrato entre las partes, es competente para pronunciarse sobre una compensación que una de las partes invoca en relación con la obligación objeto de litigio, debe resolverse teniendo en cuenta al mismo tiempo las exigencias de respeto de la autonomía de la voluntad que inspira, como anteriormente se ha dicho, el artículo 17 y las razones de economía procesal, sobre las cuales se basa la totalidad del Convenio en el que este artículo se halla inserto; que, a la luz de esta doble finalidad, no puede interpretarse el artículo 17 en el sentido de que impide al Juez que conoce del asunto, en virtud de una cláusula atributiva de competencia del tipo anteriormente descrito, tomar en consideración una compensación enlazada con la relación jurídica controvertida, si considera que efectuarlo es compatible con la letra y el espíritu de la cláusula atributiva de competencia (Fundamento 8).*

*...tal cláusula mantiene siempre un efecto útil en el sentido de que tiene como consecuencia la exclusión, en las relaciones entre las partes, de otras atribuciones de competencia facultativas, como las que se encuentran en los artículos 5 y 6 del Convenio". (Fundamento 5)*

Sentencia 9.11.1978, as. 23/78, Meeth c. Glacetal

*"...que los requisitos de aplicación de esta norma (el art. 17 CB) deben interpretarse a la luz de los efectos de la prórroga de la competencia, que consisten en excluir tanto el principio general de determinación de competencia, consagrado por el artículo 2, como las competencias especiales de los artículos 5 y 6 del Convenio".*

Sentencias de 14.12.1976, as. 24/76, Colzani c. RÜWA y Segoura SPRL c. Firma Rahim Bonakdarian

---

<sup>126</sup> V. BERAUDO, J. M., "Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968", J-Cl.D.int., (Droit

## 2.1. En torno a las cláusulas de elección de foro en el Derecho internacional privado: ley aplicable, funciones, interpretación y efectos.

1. La materia patrimonial es el ámbito jurídico en el que típicamente se permite a las partes disponer de sus derechos en virtud del principio de la autonomía privada. De ahí que también en relación con los litigios de naturaleza patrimonial, civil y mercantil, se dé cabida a la celebración de pactos por medio de los cuales se somete el conocimiento de determinadas controversias a los tribunales de la jurisdicción de un Estado o a un concreto tribunal entre los que forman parte de la misma<sup>127</sup>.

2. Se trata en este caso, de pactos de naturaleza contractual, en la medida en que están insertos en un determinado contrato. Pero lo están en cuanto cláusulas de elección de foro, de tal manera que están llamados a producir efectos procesales<sup>128</sup>: por medio de estas cláusulas las partes se comprometen a llevar a cabo un determinado comportamiento procesal.

Esta "doble naturaleza"<sup>129</sup> de los pactos de sumisión está relacionada con un debate que ha interesado especialmente a la doctrina alemana<sup>130</sup> y que se centra en el problema de la determinación de la ley aplicable a los mismos.

---

*international*), Fasc. 3023 (631-43) (6).

<sup>127</sup> En este segundo caso, las partes habrían determinado conforme a su voluntad tanto la competencia judicial internacional, como la competencia territorial.

<sup>128</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, Christoph / MARTINY, Dieter, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., Otto Schmidt, Colonia, 1996, p. 1582, n. marg. 2091.

<sup>129</sup> "...Gerichtsstandsklauseln genan im Schnittpunkt zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bzw. zwischen internationalem Prozeßrecht und internationalem Privatrecht". GOTTWALD, Peter, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift Henckel*, Walter de Gruyter, Berlin, 1995, p. 295. V. también, VIRGÓS SORIANO, Miguel en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional Privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 145; VIRGÓS SORIANO, M / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 200. Como destacan estos dos últimos autores, las cláusulas de elección de foro serían cláusulas contractuales de carácter material en la medida en que su origen está en la voluntad de las partes. No obstante, su objeto sería procesal, ya que mediante ellas las partes pretenden derogar y/o prorrogar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado.



3. En principio, las leyes que podrían predicar su aplicabilidad serían<sup>131</sup>:

- (a) La ley aplicable al contrato o a la operación para la cual la cláusula ha sido estipulada (*lex causae o contractus*).
- (b) La ley del tribunal designado (*lex fori* (I)).
- (c) La ley de los tribunales descartados (*lex fori* (II)).
- (d) La ley del tribunal encargado de decidir sobre la validez de la cláusula (*lex fori* (III)).

4. Tradicionalmente, la doctrina alemana solucionaba esta cuestión partiendo de la naturaleza jurídica atribuida a las cláusulas de elección de foro<sup>132</sup>, del siguiente modo. Si éstas lograban encajarse en la definición de *Prozeßvertrag* (acuerdo procesal), todos los aspectos relativos a los requisitos de forma y fondo de los convenios atributivos de competencia judicial internacional, así como los relativos a la formación de los mismos y sus efectos se sometían a la *lex fori* (ya sea la del foro prorrogado, la del foro derogado o la del que estuviera decidiendo sobre la validez de la cláusula en cuestión). Si por el contrario, dichas cláusulas se calificaban como pactos de naturaleza jurídico-material, contractual (*materiellrechtlicher Vertrag*), se aplicaba la *lex causae*. Se trataba de una solución clara, pero obviamente, poco satisfactoria por lo excesivamente formalista e

---

<sup>130</sup> Como señala QUIÑONES ESCÁMEZ, A. , en "Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, p. 660, en otros Estados, (por ejemplo, en Francia) el tema de la naturaleza jurídica de los acuerdos de elección de foro no ha suscitado históricamente un interés tan grande.

<sup>131</sup> V. BERAUDO, J. M. , "Convention de Bruxelles...", *op. cit.* , (14).

<sup>132</sup> V. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Frankfurt a. M. , 1980, p. 12.

inadecuada en la medida en que no es posible simplificar la complejidad de este tipo de cláusulas con el fin de predicar de las mismas una naturaleza jurídica pura.

5. De hecho, para el propio *Bundesgerichtshof* ha sido complicado formular una respuesta a esta cuestión partiendo del planteamiento de la naturaleza jurídica de los acuerdos. Sirva como ejemplo la sentencia del *BGH* de 29.2.1968<sup>133</sup> en la que se hacía especial hincapié en la similitud entre las cláusulas compromisorias y las de elección de foro: *"El Tribunal Supremo alemán no se ha pronunciado con anterioridad a esta cuestión discutida (en referencia a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de las cláusulas de elección de foro)...En relación con los acuerdos de sumisión a arbitraje...el Tribunal ha decidido que se trata de un acuerdo material sobre cuestiones procesales...de tal manera que desde su punto de vista, en el ámbito conflictual se aplicarían las reglas del Derecho internacional privado alemán. En opinión de este Tribunal, en sede de cláusulas de elección de foro no cabría una solución distinta...los requisitos para el eficaz perfeccionamiento de una cláusula de elección de foro solo podrían ser enjuiciados desde la perspectiva del Derecho sustantivo; el Derecho procesal no contiene a este respecto precepto alguno...Una cláusula de elección de foro pactada con anterioridad a un proceso es un contrato sobre relaciones de carácter procesal, cuyo perfeccionamiento correspondería enjuiciar al Derecho civil..."*

6. Tomando como base la argumentación del *BGH* en la citada sentencia de 29.2.1968, la doctrina alemana suavizó sus planteamientos y comenzó a realizar una distinción entre la ley aplicable a la admisibilidad y efectos de las cláusulas de sumisión y la que regiría el perfeccionamiento de dichas cláusulas (la formación del consentimiento). El primer grupo de problemas quedaría sometido a la *lex fori* y el segundo a la *lex causae* (= ley aplicable al contrato principal). Esta pasó a ser

---

<sup>133</sup> BGHZ, 49, pp. 384 ss.

la posición mayoritaria en Alemania y ha sido importada por estudiosos de otros Estados<sup>134</sup>.

7. Esta parece ser la solución más adecuada al problema planteado. Así lo señalan VIRGÓS / GARCIMARTÍN<sup>135</sup>. De acuerdo con ellos, la existencia y validez intrínseca de las cláusulas de elección de foro plantean problemas cuya sede natural se encontraría en el Derecho de contratos (de manera que se acudiría a lo previsto en la *lex causae*). No obstante, dado que se trata de llamados a producir un efecto procesal, las condiciones de su eficacia, así como los efectos procesales de las mismas, se regirán por la normativa procesal<sup>136</sup>.

8. En el art. 17 del convenio de Bruselas de 1968<sup>137</sup>, se contiene una regulación uniforme en cuanto a los requisitos para la validez de las cláusulas de elección de foro y sus efectos<sup>138</sup>. La principal finalidad de los requisitos de forma previstos en dicho precepto es asegurar que efectivamente existe consentimiento de las partes y que éste se manifiesta de una manera clara y precisa<sup>139</sup>. Una cláusula que

---

<sup>134</sup> Así, BUCHER, Andreas, "Les conventions d'élection de for, question en marge de la loi", *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Frankfurt a. M., p. 180: "Lorsqu'il s'agit d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat, il n'y a pas de raison, en règle générale, de dissocier la loi applicable aux questions de formation de celles gouvernantes la formation du contrat principal"; GAUS, Werner, "Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in internationalen kaufmännischen Verträgen", *WiB*, p. 606; KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for...*, op. cit., p. 72; KILLIAS, L., *Die Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit., p. 12; KIM, Y. J., *Internationale...*, op. cit., p. 58 y 67-68; SAENGER, I., "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", op. cit., p. 482; SCHACK, H., *Internationales...*, op. cit., p. 161, marg. 432.

<sup>135</sup> V. *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., pp. 200 ss.

<sup>136</sup> V. también, GOTTWALD, P., "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", op. cit., p. 300.

<sup>137</sup> Art. 23 del reglamento.

<sup>138</sup> V. SAENGER, Ingo, "Wirksamkeit internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift für Otto Sandrock, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 2000, p. 807 y VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 204, n. marg. 291.

<sup>139</sup> V. BUCHER, A., "Les conventions d'élection...", op. cit., p. 178. El TJCE por su parte, en el as. Colzani c. RÜWA ha señalado: "...la función de los requisitos de forma exigidos por el art. 17 consiste en garantizar que consta efectivamente que las partes han prestado su consentimiento" (Fundamento 7).

cumple los requisitos del art. 17 CB se presume que ha podido ser conocida por ambas partes (= que ha sido consentida)<sup>140</sup>.

9. En este sentido, el TJCE señaló en el asunto Benincasa c. Dentalkit: *"En efecto, la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de éste, se rigen por la lex causae, que se determina según el Derecho Internacional Privado del Estado del foro"*.

10. Como ya ha tenido oportunidad de destacar algún autor<sup>141</sup>, la importancia del foro de la sumisión expresa contenido en el art. 17 CB radicaría en que consagra la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de competencia judicial internacional con una gran amplitud y que establece un régimen autónomo comunitario *"superador de las divergencias en la regulación de los ordenamientos de los Estados parte"*<sup>142</sup>.

11. El primero de los elementos de la afirmación (= consagración en el convenio de Bruselas de 27.9.1968 de la autonomía privada como criterio de atribución de competencia judicial internacional) anterior se ha referido KOHLER con el término

---

<sup>140</sup> Como ha afirmado KRÖLL (en *"Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund Handelsbrauch im Armen des GVÜ"*, ZZP, 2/2000, pp. 144 - 145), *"...Das folgt aus dem engen Zusammenhang zwischen Form und Einigung im Regelungsgefüge des art. 17 GVÜ, der sich trotz der theoretischen Trennbarkeit bei der Fragen aus dem spezifischen Zweck der dort normierten Formvorschriften ergibt. Deren primärer Zweck ist es die Existenz einer Willenseinigung sicherzustellen und zu verhindern, daß Gerichtsstandsvereinbarungen unbemerkt Vertragsbestandteil werden. Daraus folgt, daß die Formvorschriften des Art. 17 GVÜ einen doppelten charakter haben und neben der offensichtlichen Regelung der Form auch das Zustandekommen der Willenseinigung regeln"*.

<sup>141</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, Prólogo a RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, op. cit., p. 31.

<sup>142</sup> Lo mismo destaca el propio autor de la obra citada en la nota anterior en la p. 57.

"*Liberalität*"<sup>143</sup>. El art. 17 CB consagra el principio de la autonomía de la voluntad como uno de los fundamentales del convenio. De ahí que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señalara en el asunto Spitzley\_c. Sommer que la mera existencia del art. 17 junto a la del art. 18 CB (= norma de competencia judicial internacional sobre la sumisión tácita) indicaría que las partes pueden ejercitar en la máxima medida (aunque con los límites previstos) la facultad de elegir el Juez al cual quieren someter sus litigios<sup>144</sup>.

12. Esta gran amplitud con que se reconoce el juego de la autonomía privada en el convenio de Bruselas toma como base que serían los sujetos de la relación jurídica a la que resultaría aplicable una cláusula de sumisión expresa los que se encontrarían en la mejor posición para calcular el foro que *a priori* les permitiría satisfacer al máximo sus intereses<sup>145</sup>. Es decir, cuál sería la jurisdicción estatal de su confianza<sup>146</sup>. El ordenamiento procesal del Estado designado les resulta conocido, más favorable *ex ante* o más cercano, aunque tan sólo sea por motivos lingüísticos<sup>147</sup>.

13. Incluso aquella parte que resulte menos beneficiada por la designación contenida en la prórroga de la competencia, se vería favorecida por la misma, en cuanto que sabrá *ex ante* cuál sería el foro competente. De esto puede deducirse que una cláusula de elección de foro permite a las partes "racionalizar" sus relaciones jurídicas. Es decir, mediante estas cláusulas, se ganará en

---

<sup>143</sup> "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", IPrax, 1983, p. 268.

<sup>144</sup> V. Fundamento 14 de la sentencia.

<sup>145</sup> STAEHELIN, M., *Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen...*, op. cit., p. 6: "In aller Regel wissen die Partei selbst am besten, wo sie allfällige Streitigkeiten austragen wollen".

<sup>146</sup> V. GEIMER, R. /SCHÜTZE, R. A., *Europäisches...*, op. cit., p. 308; SCHACK, H., *Internationales...*, op. cit., p. 161, marg. 431.

<sup>147</sup> V. STAEHELIN, M., *Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit., p. 5.

previsibilidad<sup>148</sup> y certeza (= se reduciría la incertidumbre relativa a la determinación de la competencia judicial internacional)<sup>149</sup>. En suma, se favorecerá el principio de seguridad jurídica<sup>150</sup>. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en el asunto Benincasa c. Dentalkit<sup>151</sup>, que mediante el art. 17 CB se consagraría el "...interés en garantizar la seguridad jurídica mediante la posibilidad de prever con certeza el fuero competente...". Todo ello es de gran importancia desde la perspectiva de los supuestos de tráfico jurídico externo, ya que en los litigios internacionales es en los que mayor valor tendrá la posibilidad de calcular los riesgos de entablar un procedimiento<sup>152</sup>.

14. Además de favorecer la seguridad jurídica, no es infrecuente que las partes acuerden una prorrogación de foro atendiendo a ante qué jurisdicción estatal o concreto tribunal resulta más sencilla la ejecución de la sentencia<sup>153</sup>. Esto podría lograrse mediante la designación de los tribunales del Estado en cuyo territorio al menos uno de los contratantes tenga activos.

---

<sup>148</sup> Así, GOTTWALD (*"Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"*, op. cit. , p. 295) señala: "...dann können beide Parteien voraussehen an welchem Ort sie im Streitfall ihr Recht suchen können und müssen". V. también: QUINONES ESCÁMEZ, A., "Evolución de la admisibilidad...", op. cit. , p. 658; RODRIGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , p. 41.

<sup>149</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales...*, op. cit. , p. 1579, n. marg. 2086 y VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit. , pp. 197 ss., n. marg. 282.

<sup>150</sup> En este sentido, AMORES CONRADI ("La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional: art. 22 LOPJ", *REDI*, 1/1989, p. 134), ha afirmado que serían dos las razones a favor de la voluntad de las partes como criterio de atribución de competencia judicial internacional. La primera: su funcionalidad para alcanzar un mayor equilibrio de los respectivos intereses de las partes. La segunda: que su virtualidad permitiría ganar en claridad y en seguridad (lo cual sería especialmente importante en litigios de difícil localización). V., también GOTTWALD, P., *"Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"*, op. cit. , p. 295.

<sup>151</sup> Fundamento 28 de la sentencia.

<sup>152</sup> En este sentido, v. SAMTLEBEN, Jürgen, "Forum fixing", *RabelsZ*, 46/1982, p. 716: "Ein solches "forum fixing" entspricht dem Interesse der Parteien an Voraussehbarkeit der näheren Umstände einer möglichen Streitentscheidung und macht die Prozeßführung für beide Seiten kalkulierbar". También, LINKE, Harmut, *Internationales Zivilprozeßrecht*, Carl Heymanns, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 1995, p. 68, n. marg. 177.

<sup>153</sup> V. STAEHELIN, M., *Gerichtsstandsvereinbarungen...* op. cit. , p. 5.

15. En el mismo sentido, con el fin de reducir los costes del proceso, las partes podrían utilizar el foro de la sumisión expresa para designar los tribunales a los que le resultaría más fácil el acceso al material probatorio. De este modo, se simplificaría la mecánica procesal<sup>154</sup> y se ganaría en celeridad.

16. Por otro lado, la importancia de los convenios de atribución de competencia judicial internacional derivaría de la vinculación *forum-ius*<sup>155</sup>. Al designarse el foro competente se estaría determinando de manera indirecta el sistema de Derecho internacional privado aplicable a los litigios a los que la sumisión alcanzaría<sup>156</sup>. La atribución al mismo tiempo implica *"una modificación de la competencia legislativa. El desplazamiento del litigio...de uno a otro foro, supone un cambio en el sistema estatal de Derecho Internacional Privado aplicable"*<sup>157</sup>.

17. Como también ha afirmado KILLIAS en su monografía *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*<sup>158</sup>: *"con su elección, el demandante determina no sólo el tribunal competente, sino también qué Derecho internacional privado y con ello, qué Derecho sustantivo resultará aplicable"*. Este elemento puede ser de la mayor importancia para el cálculo de los intereses de los contratantes en el ámbito de las relaciones privadas transfronterizas porque la conclusión de una cláusula de elección de foro facilitaría la determinación de la ley aplicable más favorable<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> V. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Evolución...", *op. cit.*, p.658; RODRIGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>155</sup> V. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., "Las relaciones entre el *forum* y el *ius* en el Derecho Internacional Privado", *ADI*, vol. IV, 1977-1978, p. 89.

<sup>156</sup> V. VITTA, Edoardo / MOSCONI, Franco, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5ª ed., Utet, Turín, 1994, p. 22.

<sup>157</sup> V. *ib. id.*, p. 101.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, 1993, p. 2.

<sup>159</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales...*, *op. cit.*, p. 1580, n. marg. 2088; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Evolución...", *op. cit.*, p. 658; SCHACK, H.,

18. Por último, las partes también podrían optar por pactar una prorrogación de foro con el objeto de designar un "foro neutral"<sup>160</sup>. Un supuesto típico sería aquél en el que el foro prorrogado no coincidiese con el "foro natural" o del domicilio de ninguna de las partes, con lo que también se aplicaría un sistema de Derecho internacional privado que no coincidiría con el del domicilio de éstas.

19. En conclusión, la sumisión expresa adquiere una gran relevancia en los litigios internacionales. Si permitimos que impere la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, estaremos creando las condiciones adecuadas para que las partes puedan dotarse desde el momento de la celebración del acuerdo, de un marco de gran seguridad jurídica en relación a la localización de los litigios<sup>161</sup> (= *forum planning*)<sup>162</sup>.

20. En cuanto a los requisitos de forma previstos en el art. 17 CB, en 1976 con ocasión de la sentencia del asunto Tessili c. Dunlop<sup>163</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se decantó por una interpretación autónoma de dichos requisitos<sup>164</sup>. Lo que interesaría poner de manifiesto a este respecto sería, en primer lugar, que dichos requisitos son exhaustivos (= los Estados partes no pueden añadir ninguna condición de forma adicional procedente de su Derecho autónomo)<sup>165</sup>. En segundo lugar, que los mismos serían de rigurosa observancia

---

*Internationales...*, op. cit. , p. 161, marg. 431; STAEHELIN, M., *Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit. , p. 5.

<sup>160</sup> V. SCHACK, H. , *Internationales...*, op. cit. , p. 161, marg. 431.

<sup>161</sup> V. KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozeßrecht, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 1998, p. 267, marg. 96.

<sup>162</sup> V. GEIMER, R. , *Internationales...* op. cit. , p. 418, n. marg. 1599.

<sup>163</sup> Sentencia de 6.10.1976, as. 12/76, *Rec.* 1976, p. 1473.

<sup>164</sup> V. GOTTWALD, P. , "Grenzen internationaler...", op. cit. , p. 103.

<sup>165</sup> V. GOTTWALD, Peter, *Münchener Kommentar zum ZPO*, Beck's, Munich, 1992, p. 1644, n. marg. 50; KOHLER, C. , "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen...", op. cit. , p. 267; KRÖLL, S. , "Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund...", op. cit. , p. 140. Lo mismo ha afirmado el Tribunal



por las partes. Mediante dichos requisitos, se trataría de asegurar que las partes han prestado válidamente su consentimiento<sup>166</sup>. Por ello, de no concurrir los requisitos de forma la cláusula de sumisión sería ineficaz<sup>167</sup>.

21. A esto último es a lo que KOHLER se ha referido con el término "*Rigorismus*" al analizar la regulación convencional sobre los foros de la autonomía de la voluntad<sup>168</sup>. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado dicho que "*...Este interés en garantizar la seguridad jurídica mediante la posibilidad de prever con certeza el fuero competente ha sido interpretado en relación con el art. 17 del Convenio, que hace prevalecer la voluntad de las partes contratantes y establece una competencia exclusiva...imponiendo unos requisitos de forma estrictos*"<sup>169</sup>.

22. Uno de los aspectos que más interesa destacar en este trabajo en relación con los acuerdos de elección de foro, es, precisamente, el de sus efectos y en particular, el de su eficacia exclusiva. Es sabido que las cláusulas atributivas de competencia judicial internacional provocan un doble efecto<sup>170</sup>, que se presentaría

---

de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 24.6.1981 (as. Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain): "*...National Vorschriften, die die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen an strengere Formerfordernisse knüpfen, finden den keine Anwendung*"; VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 207.

<sup>166</sup> V. BASEDOW, Jürgen, "*Das forum conveniens der Reeder im EuGVÜ*", *IPrax*, 1985, p. 136: "*Besondere Förmlichkeiten sollen gewährleisten, daß die Parteien sich über den gewählten Gerichtsstand wirklich geeinigt haben*".

<sup>167</sup> En cuanto a los requisitos de forma de las cláusulas de elección de foro la orientación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha sido clara. Se han alternado decisiones en las que el Tribunal ha llevado a cabo interpretaciones muy restrictivas (como la del as. 784/79, Porta-Leasing. Prestige International, sentencia de 6.5.1980, Rec. 1980, p. 1517), con otras más flexibles (por ejemplo, la del as. 221/84, Berghoefer c. ASA, sentencia de 11.7.1985, Rec., 1985, p. 2699).

<sup>168</sup> V. KOHLER, C., "*Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen...*", op. cit., p. 269.

<sup>169</sup> Fundamento. 28 del as. Benincasa c. Dentalkit.

<sup>170</sup> "*La prórroga voluntaria de la competencia, cualquiera que sea la forma que adopte, produce generalmente un doble efecto: la renuncia a la competencia de un tribunal y la atribución de competencia a otro*", BARTIN, Etienne, *Étude sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1908, p. 73. V. ANCEL, B., "*La clause attributive...*", op. cit., p. 288; GIULIANO, Mario, *La*

de modo paradigmático cuando nos encontramos ante la designación de un foro exclusivo.

23. Por un lado, un efecto negativo<sup>171</sup> o derogatorio de la competencia judicial internacional de aquellos tribunales que tendrían atribuida competencia legalmente a favor de una competencia convencional. También caben cláusulas con eficacia meramente derogatoria. Esto es, en lugar de atribuir competencia judicial internacional se utilizan para dejar claro la competencia de qué tribunales ha quedado descartada convencionalmente.

24. Por otro, un efecto positivo o de prórroga que consistiría en la atribución de competencia a los tribunales designados. La sumisión podrá realizarse a favor del mismo órgano jurisdiccional que hubiera resultado también competente en virtud de alguno de los criterios legalmente previstos. En ese caso, podríamos presumir que se habría querido fundar un foro exclusivo. No obstante, nada impediría que las partes pactasen una cláusula de elección de foro a favor de un tribunal en principio incompetente desde el punto de vista de las normas de competencia judicial internacional.

25. En el convenio de Bruselas de 27.9.1968 este doble efecto prorrogación / derogación se regula en el primer párrafo del art. 17<sup>172</sup>.

26. Desde el punto de vista de los intereses de las partes, el supuesto que implica una mayor seguridad jurídica sería aquél en el que al foro designado se le

---

*giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2ª ed. , Giuffrè, Milán, 1970, p. 32; GOTTWALD, P. , "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", *op. cit.* , p. 296; LINKE, *Internationales Zivilprozeßrecht*, *op. cit.* , p. 68, n. marg. 178; RODRIGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, *op. cit.* , pp. 419 ss. ; SCHACK, H. , *Internationales...*, *op. cit.* , p. 161, n. marg. 433.

<sup>171</sup> También denominado efecto "de sustracción" (v. ANCEL, B. , "La clause attributive...", *op. cit.* , p. 288).

<sup>172</sup> BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "La prórroga de competencia "a favor de una parte"", *Noticias CEE*, 24/1987, p. 120.

atribuye competencia judicial internacional exclusiva<sup>173</sup>. Es decir, cuando la prorrogación de foro implica la derogación del resto de los criterios de atribución de competencia judicial internacional posibles.

27. De acuerdo con el tenor literal del art. 17, I CB: *"Si las partes...hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes"*<sup>174</sup>. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha referido al carácter exclusivo del foro del art. 17 CB en diversas ocasiones<sup>175</sup>. De todos modos, las dudas al respecto habrían quedado despejadas con la nueva redacción del art. 23.1. del reglamento<sup>176</sup>. En él, se

---

<sup>173</sup> V. STAEHELIN, M., *Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit., p. 4. En este sentido, GEIMER, R. / SCHÜTZE, R. A. (en *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, op. cit., p. 304, n. marg. 7) afirman: *"Alle diese Unsicherheiten bei der Zuständigkeitsprognose können durch die Vereinbarung der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit eines Staates ausgeschaltet werden. Liegt eine solche ausschließliche Prorogation vor, dann wissen beide Seiten woran sie sind, und zwar nicht nur was ihre Gerichtspflichtigkeit und ihre Klagemöglichkeit anbelangt, sondern auch mittelbar in Bezug auf das anwendbare IPR und damit auch auf das anzuwendende materielle Recht"*. Lo mismo puede leerse en KOHLER, Christian, *"Pathologisches im EuGVÜ..."*, op. cit., p. 341 y SAENGER, I., *"Wirksamkeit internationaler..."*, op. cit., p. 808.

<sup>174</sup> Como se afirma en el *Informe Jenard*, en otras versiones del convenio la presunción de exclusividad se hace más patente, dados los términos empleados por el legislador convencional (v. este *Informe* en VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho Procesal Civil Europeo*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 95. Así, por ejemplo en la versión en lengua alemana, el art. 17 CB aparece redactado en los siguientes términos: *"Haben die Parteien,... vereinbart daß ein Gericht oder die Gerichte eines Vertragsstaats über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine Künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates ausschließlich zuständig"*.

<sup>175</sup> Sirva como ejemplo lo afirmado por el TJCE en el Fto. 4 de la sentencia de 17.11.1980 (as. 56/79, *Zelger c. Salinitri*, Rec. 1980, p. 89), en el que el BGH consultaba sobre si un acuerdo verbal sobre el lugar de reembolso del préstamo objeto del litigio habla de cumplir los requisitos de forma del art. 17 CB: *"...el art. 17, situado en la Sección sexta del Convenio, titulado "Prórroga de la competencia"...prevé la competencia exclusiva del Tribunal designado por las partes con arreglo a las formas prescritas..."*. También en el as. *Benincasa c. Dentalkit*, el TJCE afirmó: *"El art. 17 del Convenio tiene como objetivo designar, de manera clara y precisa, qué órgano jurisdiccional de un Estado competente tendrá competencia exclusiva conforme al acuerdo de voluntad de las partes..."* (Fundamento 29).

<sup>176</sup> V. DOCE, 16.1.2001, L12, p. 8

establece con claridad: "...Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes".

28. Aún con el tenor del art. 17 CB, podríamos interpretar que, salvo que las partes dispongan otra cosa, las cláusulas de elección de foro a las que resulte aplicable el convenio de Bruselas de 1968 darían lugar a un foro exclusivo<sup>177</sup>.

29. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, los contratantes podrán también pactar un foro facultativo (= en concurrencia con otros criterios de atribución de competencia)<sup>178</sup> o incluso exclusivo sólo para una de ellas. En este último caso, se permitiría a la parte favorecida por el acuerdo de elección de foro acudir al resto de los tribunales competentes en virtud de los otros criterios de atribución de competencia judicial internacional previstos en el convenio<sup>179</sup>. Es decir, desde el punto de vista de dicha parte, el foro prorrogado sería facultativo.

30. Si las partes han pactado un foro exclusivo, facultativo o favor de una sola de ellas es una cuestión que dependerá de la interpretación de su voluntad. Para interpretar ésta hay que acudir a las reglas generales de interpretación de los contratos<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> V. BERAUDO, J. M., "*Convention de Bruxelles...*", *op. cit.*, (20); CALVO CARAVACA, A. L., *Comentario al convenio...*, *op. cit.*, p. 365; ESPINAR VICENTE, José M<sup>a</sup>, *Curso de Derecho Internacional Privado español*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 74; KROPHOLLER, J., *Europäisches...*, *op. cit.*, p. 267, n. marg. 96; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos...*, *op. cit.*, p. 420; SAENGER, I., "*Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen...*", *op. cit.*, p. 482.

<sup>178</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 1643, n. marg. 2187.

<sup>179</sup> V. KOHLER, C., "*Pathologisches im...*", *op. cit.*, p. 341. Según este autor, tal posibilidad de pactar acuerdos de elección de foro exclusivos, facultativos o mixtos tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad que se encuentra en la base del art. 17 CB, por lo que la referencia expresa a esta última posibilidad (foros a favor de una sola de las partes) en su p. IV de dicho precepto sería superflua (pp. 344 y 345). De hecho, desaparece en el art. 23 del reglamento. También cabe imaginar que las partes pactasen una cláusula de elección de foro en virtud de la cual sometieran a unos tribunales tan sólo ciertos aspectos de su relación jurídica (V. CALVO CARAVACA, A. L., en AA.VV., *Comentario al convenio...*, *op. cit.*, p. 364).

<sup>180</sup> V. KOHLER, C., "*Pathologisches im EuGvÜ...*", *art. cit.*, p. 341.

31. No obstante todo ello, como ya he tenido ocasión de señalar, el art. 17 CB contendría una presunción legal de exclusividad<sup>181</sup>. Esta presunción da lugar a una apreciable reducción de los problemas interpretativos<sup>182</sup>.

32. En el *Informe Jenard*, se hace hincapié en que la exclusividad era la solución imperante en los convenios bilaterales suscritos por distintos Estados contratantes que operarían como antecedentes del convenio de Bruselas de 1968. Concretamente, en dicho *Informe* se citan los *convenios entre Bélgica y Holanda, Francia y Bélgica y el Tratado Benelux*, así como el convenio multilateral de La Haya de 15.4.1958<sup>183</sup>.

La exclusividad también es la solución acogida por la Ley suiza de Derecho Internacional Privado en su art. 5, I.

## **2.2. Los efectos de una cláusula de elección de foro sobre la compensación de créditos en los litigios internacionales**

1. Una vez explicadas las diferentes posturas doctrinales existentes en torno al problema de la atribución de competencia judicial internacional sobre el crédito de la compensación y adoptada una posición al respecto: la necesidad de que el juez competente sobre la demanda inicial tenga atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito para que pueda entrar a pronunciarse sobre la compensación opuesta por el demandado en un litigio internacional, la siguiente cuestión problemática sería la relativa a los efectos de una prorrogación de foro sobre el ejercicio de la compensación internacional.

---

<sup>181</sup> V. GEIMER, R. / SCHÜTZE, R. A., *Europäisches...*, op. cit., p. 337, n. marg. 166; NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 125, n. marg. 244; VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 210.

<sup>182</sup> V. KOHLER, C., *"Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen..."*, op. cit., p. 272.

<sup>183</sup> V. p. 95 del *Informe* en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal...*, op. cit.

2. En más de una ocasión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que corresponde a los Jueces nacionales determinar el alcance de una cláusula de elección de foro<sup>184</sup>. Pues bien, supongamos que el Juez nacional ante el que se ha iniciado un litigio internacional entiende que un convenio atributivo de competencia judicial internacional existente entre las partes sería aplicable al crédito de la compensación que pretende hacer valer el demandado en el proceso, pero, que el tribunal designado fuera un tribunal distinto. Imaginemos además, que el Juez de la demanda inicial fuese competente sobre el contracrédito en virtud de alguno de los criterios de competencia judicial internacional legalmente previstos distintos del foro de la sumisión expresa<sup>185</sup>. (De no existir ningún criterio de atribución de competencia judicial internacional "potencialmente aplicable" al contracrédito, el tribunal ante el que se ha ejercitado el crédito inicial no podría entrar a conocer de la compensación con independencia de la existencia o no de cláusula de elección de foro alguna). Lo que en un supuesto como el descrito habríamos de determinar sería en qué medida afecta una cláusula de elección de foro aplicable al contracrédito que designa un tribunal distinto, a la posibilidad de que el Juez de la demanda inicial entre a conocer de la compensación.

---

<sup>184</sup> Así en el Fundamento 31 de la sentencia del as. Benincasa c. Dentalkit, el TJCE reiteró su doctrina formulada en la sentencia de 10.3.1992 (as. Powell Duffryn) según la cual: "...conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la interpretación de una cláusula atributiva de competencia, para determinar que litigios están comprendidos en su ámbito de aplicación, corresponde al Juez nacional ante el cual dicha cláusula es invocada". V. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, op. cit., p. 389. Según KROPHOLLER (*Europäisches Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 236, n. marg. 17), los problemas interpretativos relativos a qué controversias afecta un pacto de sumisión deben solucionarse sin remisión al Derecho nacional de un Estado concreto, mediante una interpretación autónoma del sentido y fin de la cláusula de elección de foro.

<sup>185</sup> Claro está, dicho criterio de atribución de competencia judicial internacional no podría ser la sumisión tácita, ni una competencia exclusiva. Ambos supuestos se encuentran "supraordenados" al foro de la sumisión expresa, por lo que, en dichos casos el Juez de la demanda inicial podría entrar a conocer de la compensación de créditos a pesar de la existencia de una cláusula de elección de foro aplicable al contracrédito.

3. Cuando nos encontremos dentro del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 27.9.1968, la resolución de este problema jurídico dependerá de cómo construyamos las relaciones entre el art. 17 CB y el resto de los criterios de atribución de competencia judicial internacional del convenio. A este respecto, el supuesto más interesante sería el de las contrarreclamaciones conexas (= colisión entre el *forum prorogatum* y el *forum reconventionis*). Esto es, habríamos de decidir si el art. 17 CB está supraordenado al 6.3 o viceversa.

4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de referirse a esta cuestión en el asunto Meeth c. Glacetal.

### **2.3. La doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Meeth c. Glacetal**

1. Como se ha señalado más arriba, al estudiar los distintos cauces procesales previstos en los Derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea para el ejercicio de la compensación de créditos<sup>186</sup>, podría ocurrir que el demandado ejercitase el contracrédito mediante una contrademanda. Esto es, en el Derecho español, por medio de una reconvención.

2. Ya en 1976, en el as. Colzani c. RÜWA<sup>187</sup> el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunció (al menos a modo de *obiter dicta*) sobre si, siendo aplicable al crédito de la compensación una cláusula de elección de foro válidamente acordada conforme a lo previsto en el art. 17 CB, el foro del art. 6. 3 CB había de prevalecer sobre dicha cláusula o no. Lo que el TJCE afirmó en este asunto fue la prevalencia del foro de la sumisión expresa frente a los foros especiales del convenio de Bruselas de 27.9.1968, incluidos los foros por conexidad procesal del art. 6. Así, en el fundamento 7 de esta sentencia puede

---

<sup>186</sup> V. *Supra* II. 2.

<sup>187</sup> Sentencia 14.12.1976, *Rec.*, 1976, p. 1831.

leerse: "...los requisitos de aplicación de esta norma deben interpretarse a la luz de los efectos de la prórroga de la competencia, que consisten en excluir tanto el principio general de determinación de la competencia consagrado por el art. 2, como las competencias especiales de los arts. 5 y 6 del Convenio".

3. En el as. *Meeth c. Glacetal*, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse de una manera más directa sobre esta cuestión.

Este asunto presenta un doble interés. Por un lado, en él, el Tribunal de Justicia parece afirmar, al menos de manera implícita, la necesidad de que el Juez de la demanda inicial tenga atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito para poder entrar a conocer de la compensación. Por otro, el Tribunal se pronuncia sobre la interpretación del foro de la autonomía de la voluntad contenido en el art. 17 CB en relación con la compensación de créditos.

4. Esta cuestión prejudicial fue planteada por el *Bundesgerichtshof* alemán y en ella se trataba de la interpretación de una cláusula de elección de foro contenida en un contrato de suministro entre una sociedad fabricante de vidrio domiciliada en Francia (*Glacetal*) y una entidad dedicada a la fabricación de ventanas con domicilio en Alemania (*Meeth*). De acuerdo con el tenor literal de dicha cláusula, para conocer de las reclamaciones de *Meeth* contra *Glacetal* se atribuía competencia a los tribunales franceses, mientras que para todas las reclamaciones de *Glacetal* contra *Meeth* serían competentes los tribunales alemanes. Es decir, el pacto de sumisión consistía en una atribución recíproca de competencia judicial internacional a los tribunales del Estado del domicilio de la parte que en su caso, ocupase la posición demandada. En el momento de la conclusión de dicha cláusula, cualquiera de las dos entidades podía, por hipótesis, ocupar dicha posición. De tal manera que, por medio de la misma, cada una de ellas podría confiar en que sólo habría de defenderse ante los tribunales de su domicilio.



Ante el impago de un determinado suministro, la empresa Glacetal interpuso una demanda ante los tribunales alemanes contra la empresa Meeth en reclamación del pago del precio. Frente a dicha reclamación, la entidad demandada opuso la compensación como un mero mecanismo de defensa (= por vía de excepción), con un crédito a su favor derivado del cumplimiento tardío y defectuoso de las obligaciones de entrega de la sociedad demandante<sup>188</sup>.

El *Oberlandesgericht de Koblenz* no entró a decidir sobre el fondo de la compensación opuesta por la entidad Meeth. No se consideró competente para ello, sobre la base de la cláusula de sumisión recíproca. En virtud de dicha cláusula, los tribunales competentes para conocer de las reclamaciones de Meeth contra Glacetal serían los tribunales franceses. La sociedad Meeth recurrió esta decisión ante el *Bundesgerichtshof*.

5. Dadas las dudas interpretativas que se planteaban en este caso en torno al art. 17 CB, el Tribunal Supremo alemán interpuso una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Su consulta se centraba en dos extremos. Primero, si una cláusula como la suscrita por las entidades Meeth y Glacetal sería compatible con el art. 17 CB. En segundo lugar, si una cláusula de ese tipo excluiría la posibilidad de que el demandado hiciese valer la compensación ante el mismo Tribunal que estuviera conociendo de la demanda inicial. La respuesta a esta segunda cuestión se hacía depender, como es lógico, de que la contestación a la primera pregunta fuese positiva.

6. El Tribunal de Justicia resolvió el primer interrogante afirmativamente<sup>189</sup>, por lo que pasó a ocuparse de la segunda cuestión, la más importante desde el punto

---

<sup>188</sup> Así parece deducirse de los hechos. No obstante, el abogado general CAPOTORTI en sus *Conclusiones* duda en cuanto al cauce procesal empleado para hacer valer la compensación en este asunto.

<sup>189</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia estimó que, si bien *a priori*, el tenor literal de la cláusula de elección de foro contenida en el contrato entre las entidades Meeth y Glacetal sería contraria a la letra del art. 17 CB (este art. se refiere al supuesto en el que las partes hayan acordado que "...un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes"), habría

de vista de este trabajo. El punto de partida del Tribunal fue que la interpretación del pacto de sumisión corresponde en cada caso concreto, a los Jueces nacionales de los Estados miembros<sup>190</sup>. En cuanto a si la cláusula contenida en el contrato entre las entidades Meeth y Glacetal implicaba una prohibición de compensar ante un tribunal distinto al designado, el TJCE no dio una respuesta general al problema. Lo que afirmó fue que *"...on ne saurait interpréter l'article 17 comme empêchant le juge, saisi en vertu d'une clause attributive de compétence appartenant au type ci-dessus décrit, de tenir compte d'une compensation connexe au rapport de droit litigieux, s'il estime cette prise en considération compatible avec les termes et les sens de la clause attributive de juridiction"*<sup>191</sup>. Es decir, según el Tribunal de Justicia, no podría afirmarse de un modo categórico que las cláusulas de elección de foro que atribuyen recíprocamente competencia judicial internacional a los tribunales del Estado del domicilio del demandado impliquen necesariamente prohibiciones de compensar con créditos enlazados con el de la demanda inicial. La posibilidad de oponer la compensación de créditos a los que dicha cláusula de sumisión fuese aplicable quedaría a salvo siempre que pudiésemos mantener que ello es compatible con los términos y el fin de la misma.

---

de descartarse una interpretación excesivamente formalista del mismo, sobre la base del principio de la libertad contractual (que es el fundamento del foro de la sumisión expresa. V. KROPHOLLER, J., *Europäisches...*, op. cit. , p. 258, marg. 66). Luego, las partes podrían atribuir competencia libremente a los tribunales de "más de un Estado contratante" (v. CALVO CARAVACA, A., *Comentario al...*, op. cit. , p. 362). Como ha afirmado GAUDEMET-TALLON en *Les conventions...*, op.cit. , p. 81, el TJCE admitiría aquí la posibilidad de atribuir competencia recíprocamente, en el marco del art. 17 CB, porque la autonomía de la voluntad debería poder ejercerse con la mayor amplitud posible. Además, una cláusula de este tipo conservaría su efecto útil, "en el sentido de que excluye otras atribuciones de competencia facultativa que se encuentran en los artículos 5 y 6 CB" (Fundamento 5 de la sentencia). Más aún en supuestos como éste, en el que se consagraría la regla contenida en el art. 2 CB, con exclusión del resto de los posibles criterios de atribución de competencia judicial internacional.

<sup>190</sup> Algunos años más tarde el Tribunal volverá a hacer hincapié sobre la idea de que es al Juez nacional a quien le corresponde interpretar la cláusula de atribución de competencia, para determinar los litigios comprendidos en su ámbito de aplicación (Fundamento 37 de la sentencia 10.3.92, as. Duffryn c. Petereit (Rec. , 1992, p. I - 1745).

<sup>191</sup> Fundamento 8 de la sentencia.

En última instancia, la cuestión se reduce a llevar a cabo una ponderación entre dos principios del convenio de Bruselas de 1968: el de autonomía privada, que se encuentra en la base del art. 17 CB y el de economía procesal<sup>192</sup>. Este último será especialmente importante en el caso de contrarreclamaciones conexas. De ahí que este principio constituya uno de los fundamentos del art. 6. 3 CB.

7. La determinación en cada caso concreto, de si la compensación es o no admisible desde la perspectiva de la letra y el espíritu de la cláusula atributiva de competencia corresponderá en cada caso, a los Tribunales nacionales<sup>193</sup>.

8. Más de un autor ha lamentado que el Tribunal de Justicia no efectuara una referencia expresa al art. 6 en esta sentencia<sup>194</sup>. Lo que sí parece acertado es que el Tribunal diese una solución al problema planteado sin distinguir en función del cauce procesal empleado.

#### **2.4. Los principales supuestos excluidos de la discusión**

1. Podrían excluirse de la discusión cuatro supuestos en torno a los efectos de las cláusulas de elección de foro sobre el ejercicio de la compensación de créditos en los litigios internacionales.

2. En primer lugar, aquellos casos en los que con independencia de la existencia de una cláusula de atribución de competencia judicial internacional a un tribunal distinto del que estuviera conociendo de la demanda inicial, no sería posible que el Juez de la demanda inicial entrase a conocer de la compensación por carecer de competencia judicial internacional sobre el contracrédito.

---

<sup>192</sup> V. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, op. cit., p. 445.

<sup>193</sup> V. *Conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti*, Rec. 1978, p. 2146.

<sup>194</sup> V. GAUDEMET-TALLON, H., *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit., p. 174.

Si no existiese ningún criterio de competencia judicial internacional potencialmente aplicable al crédito de la compensación, el Juez ante el se hizo valer el primer crédito no podría entrar a pronunciarse sobre el fondo de la misma.

3. En segundo lugar, habrían de dejarse al margen de la discusión aquellos casos en los que existe unanimidad en torno a que el Juez de la demanda inicial podría entrar a conocer de la compensación de créditos a pesar de su falta de competencia judicial internacional sobre el contracrédito<sup>195</sup>. Primero, el supuesto en el que el crédito de la compensación no fuese controvertido<sup>196</sup>. Es decir, cuando el demandado oponga un crédito indiscutido (= respecto del cual no existe controversia entre las partes). Segundo, el caso en el que exista una resolución judicial anterior con efectos de cosa juzgada sobre el crédito de la compensación<sup>197</sup>. En estos casos, con carácter general, el Juez de la demanda inicial podría entrar a conocer de la compensación aunque no concurriera ninguno de los criterios de atribución de competencia judicial internacional potencialmente aplicables al contracrédito.

4. Por último, también podría entrar a conocer sobre la compensación un Tribunal ante el que se produjese una sumisión tácita<sup>198</sup>. Así ocurrió, por ejemplo, en Alemania, en un caso resuelto por el *Oberlandesgericht* de Stuttgart de 21.8.1995<sup>199</sup>. Tanto la doctrina como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirman que no habría obstáculo alguno para que el tribunal que conoce

<sup>195</sup> V. SAENGER, I., *"Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen..."*, op. cit., p. 495.

<sup>196</sup> V. FASCHING, H. W., *Kommentar zu den...*, op. cit., p. 1412, n. marg. 325.

<sup>197</sup> V. GOTTWALD, P., *Müchener Kommentar*, op. cit., pp. 1645 y 1646, n. marg. 57.

<sup>198</sup> V. GEIMER, R. / SCHÜTZE, R. A., *Europäisches...*, op. cit., p. 343, n. marg. 194; FASCHING, H. W., *Kommentar zu den...*, op. cit., p. 1412, n. marg. 326; REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales...*, op. cit., p. 1701; KROPHOLLER, J., *Europäisches...*, op. cit., p. 236, n. marg. 17 y p. 272, n. marg. 106; SAENGER, I., *"Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen..."*, op. cit., ZZP, 1997, p. 496; SCHÜTZE, Rolf A., *"Ausschluß der Zuständigkeit der Garantieklage (art. 6.2 EuGVÜ) durch internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"*, RIW, 1985, p. 967.

<sup>199</sup> Sentencia comentada por KRONKE, Herbert, en *IPrax*, 1996, pp. 139 ss.

de la demanda inicial entrara a pronunciarse sobre la compensación mediante la que se hace valer un crédito al que es aplicable una cláusula de sumisión que designa como competentes a los tribunales de un Estado distinto, cuando el demandante inicial se someta tácitamente al Juez que estuviese conociendo de la demanda inicial. Al oponer la compensación, el demandado estaría poniendo de manifiesto implícitamente su voluntad de desvincularse de la cláusula de elección de foro. El demandante contra el que se dirige la compensación que comparezca y no impugne la competencia, realizaría la conducta de la que se deduce su voluntad de someterse tácitamente<sup>200</sup>.

5. Precisamente, esto fue lo que sostuvo el Tribunal de Justicia en el as. *Spitzley c. Sommer*. En este caso, una empresa fabricante de tejidos de fieltro con domicilio en Francia (*Sommer*) demandó a la Sra. *Spitzley*, domiciliada en la República Federal de Alemania, en reclamación del pago de ciertas partidas de tejidos. Citada ante el *Landesgericht de Koblenz*, la Sra. *Spitzley* no se limitó a discutir los hechos objeto de la demanda, sino que además, ejercitó la compensación con un crédito que le habría sido cedido por su marido, consistente en ciertas cantidades derivadas de un contrato de representación comercial. *Sommer* se opuso por razones de fondo a la compensación opuesta por la demandada.

Lo que se planteó al Tribunal de Justicia fue si la regla contenida en el art. 18 CB cabía aplicarse a la compensación de créditos y si para ello supondría un impedimento el hecho de que para el crédito de la contrarreclamación se hubiera pactado una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de otro Estado contratante.

---

<sup>200</sup> V. as. *Spitzley c. Sommer*, Fundamento. 15: "...El art. 18, en particular, se asienta sobre la idea de que el demandado al comparecer ante el juez ante el que se presentó la demanda sin impugnar la competencia, manifiesta implícitamente su consentimiento a que el asunto se someta a al conocimiento de un juez distinto del designado".

6. La respuesta del TJCE aparece claramente formulada en el fundamento 27 de la sentencia cuando éste afirma *"...es competente el juez de un Estado contratante ante el cual el demandante ha aceptado debatir, sin plantear una declinatoria de la competencia, acerca de una petición de compensación fundada en un contrato o en una situación de hecho distinta del o de la que sirve de base a las pretensiones de la demanda principal y para la que se hubiere pactado válidamente conforme al art. 17 de dicho convenio una cláusula de atribución de competencia a favor de los tribunales de otro Estado contratante"*.

7. Dos son las ideas principales que podemos extraer de esta decisión prejudicial. Por una parte, que la regla del art. 18 CB, tal y como la interpretó el Tribunal de Justicia en el as. *Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain*<sup>201</sup>, sería aplicable tanto a la sumisión tácita del demandado inicial como a la del demandante en relación con la compensación de créditos. A este respecto, el TJCE señaló que en principio, dicho artículo se referiría expresamente a la prórroga de la competencia que resulte de la comparecencia del demandado ante el Juez ante el cual se hubiera presentado la demanda inicial<sup>202</sup>. Sin embargo, sobre la base del principio de igualdad (= situaciones jurídicas iguales deben ser tratadas del mismo modo), el art. 18 CB habría de aplicarse también a los supuestos como el del asunto *Spitzley c. Sommer*. El propio Tribunal afirmó aquí que es necesario superar la interpretación literal del precepto y completarla con una sistemática y teleológica. El demandante se encontrará frente a la compensación opuesta por el demandado, en una situación "equivalente" a la expresamente prevista en la norma sobre la sumisión tácita del convenio de Bruselas. En definitiva, el Tribunal de Justicia estaría efectuando una aplicación analógica del art. 18 CB, para integrar la laguna existente en relación a compensación de créditos y la regla de la sumisión tácita.

---

<sup>201</sup> Sentencia 24.6.1982, as. 150/80, Rec. , p. 1671.

<sup>202</sup> Fundamento 17 de la sentencia.

8. La segunda idea importante contenida en el asunto Spitzley c. Sommer se refiere a las relaciones entre los foros de la autonomía de la voluntad del art. 17 y del art. 18 CB. Como he indicado más arriba, el TJCE señaló a este respecto, que la atribución de competencia judicial internacional mediante la sumisión tácita no se ve afectada por la existencia de una cláusula de elección de foro previa aplicable al crédito de la compensación. La única situación en la que la regla del art. 18 CB no entraría en juego en el ámbito del convenio de Bruselas de 27.9.1968 sería aquella en la que los tribunales de otro Estado fueran exclusivamente competentes en virtud del art. 16 CB<sup>203</sup>.

9. El supuesto regulado en el art. 17 CB no se contaría entonces, entre las excepciones al art. 18 CB<sup>204</sup>. Esto también lo había señalado anteriormente el Tribunal de Justicia en el as. Elefanten Schuh. En este último asunto, el TJCE resolvió una cuestión prejudicial relativa al conflicto entre la sumisión tácita del art. 18 CB y una cláusula atributiva de competencia judicial internacional sobre la base de dos argumentos. Por un lado, un argumento literal a *contrario* de acuerdo con el cual el art. 17 no figuraría entre las excepciones previstas en el art. 18. Por otro, un argumento teleológico que se basaría en los objetivos del convenio. A la luz de los mismos, no habría motivo alguno para que en virtud de una cláusula de elección de foro se impidiese a las partes someter voluntariamente un litigio a un foro distinto<sup>205</sup>.

## **2.5. La prohibición de compensar derivada de una cláusula de elección de foro en el ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 27.9.1968**

---

<sup>203</sup> Esta idea también se encontraba ya recogida en la sentencia de 24.6.1981 del as. Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain y aparece expresamente recogida por JENARD en su *Informe*: "Efectivamente, los únicos casos en que el tribunal debe declararse incompetente y en que no se aceptará la sumisión tácita son aquellos en que existe en otro Estado una competencia exclusiva con arreglo al art. 16" (V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Europeo*, op. cit., p. 96).

<sup>204</sup> V. Fundamentos. 23 ss de la sentencia.

<sup>205</sup> V. CALVO CARAVACA, A., *Comentario al ...*, op. cit., p. 379.

1. En primer lugar, se hará referencia a los litigios internacionales a los que resultaría aplicable el régimen convencional del art. 17 del convenio de Bruselas de 1968 de acuerdo con su tenor literal. Esto es, a aquellos litigios "internacionales"<sup>206</sup>, en materia patrimonial<sup>207</sup>, respecto de los cuales las partes hayan celebrado válidamente, un convenio atributivo de competencia judicial internacional que afecte al crédito de la compensación en que concurran dos condiciones<sup>208</sup>. Primera, que el domicilio de al menos una de ellas se encuentre situado en un Estado comunitario<sup>209</sup>. Segunda, que se atribuya competencia a un tribunal o a los tribunales de un Estado comunitario<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> De acuerdo con la doctrina mayoritaria (v. GOTTWALD, P., *Münchener Kommentar ZPO*, op. cit., p. 1632, n. marg. 2; GAUDEMET-TALLON, H., *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit., p. 77.); NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 119, n. marg. 229 y lo dispuesto en el *Informe Jenard* (v. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 95), la internacionalidad derivaría de la cláusula de elección de foro. De tal manera que, en un litigio en el que todas las conexiones nos remitiesen a un mismo Estado, porque incluso ambas partes estuvieran domiciliadas en él, si se hubiese pactado la competencia judicial internacional de un Estado contratante distinto, se cumpliría éste. En contra, CALVO CARAVACA, A. L., AA. VV., *Comentario al Convenio...*, op. cit., p. 347. Algunos autores se apoyan en una frase del *Informe Schlosser* ("...El artículo 17, que únicamente es de aplicación cuando la operación de que se trate implique relaciones internacionales..., condición que no se cumple mediante la simple elección de una jurisdicción de un Estado determinado.") para defender que el art. 17 CB no sería aplicable cuando los contratantes tuvieran su domicilio en un mismo Estado contratante y pactaran la competencia judicial internacional de otro Estado contratante. Parece pues, que JENARD y SCHLOSSER diferirían en este punto. Es probable que el supuesto en el que estuviera pensando SCHLOSSER al realizar dicha afirmación fuera aquél en el que se elige la jurisdicción "de un determinado Estado" con el que coincide el resto de las conexiones del litigio.

Parece que lo más adecuado sería formular una solución paralela en el ámbito de los conflictos de jurisdicción a la que el Convenio de Roma de 19.6.1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) prevé en relación a los conflictos de leyes en materia contractual (V. AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, op. cit., p. 149). Del art. 3. 3 CR, se deduciría que el convenio considera "internacionales" supuestos en los que el único elemento extranjero es el ordenamiento designado por las partes.

<sup>207</sup> En cuanto al ámbito de aplicación material rige la regla general del art. 1 CB.

<sup>208</sup> V. por ejemplo, GOTTWALD, P., *Münchener Kommentar...*, op. cit., p. 1632, n. marg. 1; GAUDEMET-TALLON, H., *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit., p. 76.

<sup>209</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Pluralidad de fuentes...", op. cit., pp. 272 - 273.

<sup>210</sup> V. KRÖLL, S., "Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund...", op. cit., p. 138; REINER, H., *Gerichtsstandsvereinbarungen nach...*, op. cit., p. 31.



2. Antes de entrar a responder la cuestión planteada (= si podría deducirse una prohibición de compensar de la sumisión del contracrédito a un Juez distinto del que estuviese conociendo de la demanda inicial), parece necesario efectuar dos observaciones.

3. En primer lugar, al igual que al tratar el problema de la competencia judicial internacional sobre el contracrédito, parece lo más adecuado dar una solución única al problema. Es decir, sin distinciones en función del cauce procesal utilizado para hacer valer la compensación de créditos en el litigio internacional de que se trate<sup>211</sup>, lo cual depende del Derecho procesal nacional del foro.

4. El tratamiento análogo de la reconvencción y la excepción de compensación, (cauces procesales previstos por el Derecho procesal español) encontraría un apoyo importante en el tenor literal del art. 17 CB.

En efecto, este artículo se refiere al foro prorrogado para todas las controversias de las partes que hayan surgido o puedan surgir con ocasión de una determinada relación jurídica (art. 17, I CB). De tal manera que, la cláusula de sumisión abarcaría todas las reclamaciones y contrarreclamaciones que pudieran derivarse de esa relación<sup>212</sup>: el crédito alegado en compensación constituiría una de ellas.

5. La segunda observación consistiría en que los argumentos que se van a manejar valdrían tanto para el supuesto de contrarreclamaciones conexas (a las que podría aplicarse el art. 6. 3 CB), como inconexas (a las que podría aplicarse cualquiera de los otros criterios de atribución de competencia judicial internacional

---

<sup>211</sup> En contra: CAPOTORTI en sus *Conclusiones al as. Meeth c. Glacetal*; RODRÍGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , pp. 450 ss. ; Von FALKENHAUSEN, J. F. , "Ausschluß von Aufrechnung...", op. cit. , p. 387.

<sup>212</sup> V. RODRÍGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , p. 190.

legalmente previstos = arts. 2 o 5.1 CB)<sup>213</sup>. De todos modos, muchas de las argumentaciones estarán pensadas especialmente para el primer caso por ser el más discutido.

6. Dicho esto, el supuesto más sencillo de resolver en cuanto a los efectos de una cláusula de elección de foro sobre el ejercicio de la compensación en los litigios internacionales sería aquél en el que las partes hubiesen efectuado una mención expresa en la cláusula atributiva de competencia judicial internacional al ejercicio de la compensación.

7. Sin embargo, es poco frecuente que los operadores jurídicos suscriban cláusulas de este tenor (= que contengan referencias expresas a los tribunales competentes sobre la compensación internacional). Lo más habitual será que nos encontremos ante acuerdos de elección de foro que hagan una referencia genérica al tribunal o a los tribunales del Estado a los que se atribuye competencia para conocer de "todas las controversias que hubieran surgido o pudieran surgir entre las partes con ocasión de una determinada relación jurídica".

8. En estos casos, *a priori*, no podríamos concluir de manera general que la existencia de una prorrogación de foro a favor de un tribunal o de los tribunales de un Estado distinto al del Juez que está conociendo de la demanda inicial implique necesariamente una prohibición de compensar<sup>214</sup>. No cabe afirmar que una cláusula de sumisión a otros tribunales implique *per se* una prohibición de compensar<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Los foros exclusivos y de la sumisión tácita quedarían excluidos dada su prevalencia sobre el foro de la sumisión expresa.

<sup>214</sup> V. BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 17; FASCHING, H. W. , *Kommentar zu den...*, op. cit. , p. 144, n. marg. 324; REINER, H. , *Gerichtsstandsvereinbarungen nach...*, op. cit. , p. 85.

<sup>215</sup> En esto, estaría de acuerdo con GEBAUER, M. , *"Internationale Zuständigkeit..."*, op. cit. , p. 79.

9. No obstante, no parece que la solución pase por realizar un "balancing test" entre el principio de autonomía de la voluntad y el de economía procesal, como mantiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el as. Meeth c. Glacetal<sup>216</sup>. Lo determinante sería si la atribución convencional de competencia judicial internacional es o no exclusiva. Para ello, será importante dilucidar si resulta aplicable a la cláusula en cuestión el art. 17, I CB<sup>217</sup>, porque el propio sistema del convenio de Bruselas incorporaría la solución a dicho "test". Se preferiría el principio de autonomía de la voluntad a la concentración de foros<sup>218</sup>.

10. La "presunción legal de exclusividad" que se derivaría del tenor del art. 17, I CB nos permitiría formular una regla para los casos dudosos: cuando la atribución de competencia derivada de una cláusula de elección de foro fuese exclusiva, el Juez que esté conociendo de la demanda inicial que no sea el designado en dicha cláusula, no podría conocer de la compensación de créditos aunque existiera otro criterio de atribución de competencia judicial internacional que pudiera resultar aplicable y con independencia del cauce procesal empleado para hacerla valer. Esto sería una consecuencia por un lado, del efecto derogatorio de la prorrogación de foro al que me he referido con anterioridad y por otro, de la preeminencia del foro del art. 17 CB sobre el resto de las normas de competencia judicial internacional<sup>219</sup>, en particular, sobre las competencias derivadas<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> Fundamento 8 de la sentencia.

<sup>217</sup> Y coherentemente con lo señalado hasta aquí, menos aún podría compartirse la opinión de acuerdo con la cual a la hora de determinar cuando debe prevalecer la autonomía de la voluntad sobre la economía procesal habríamos de distinguir entre los cauces procesales empleados por el demandado (excepción de compensación / reconvencción). Esto es si embargo, lo que parece deducirse de la exposición del problema en RODRÍGUEZ BENOT, A. *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , pp. 450 ss. Según este autor, si lo que se hace valer es la excepción de compensación, prevalecerían las necesidades de economía procesal.

<sup>218</sup> V. GAUDEMET-TALLON, H. , *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit. , p. 172.

<sup>219</sup> V. BERAUDO, J. M. , "Convention de Bruxelles..." , op. cit. , (21); HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 1643, n. marg. 2186; KILLIAS, L. , *Die Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit. , p. 146; RODRÍGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , pp. 59 ss y en "Acuerdos para la determinación..." , op. cit. , p. 168.

<sup>220</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. , *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit. , p. 210. Según GAUDEMET-TALLON, H. (*Les conventions de Bruxelles...*,

11. Esta preeminencia ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en dos sentencias de la misma fecha (14.12.1976), las de los asuntos Colzani c. Rüwa y Segoura SPRL c. Firma Rahim Bonakdarian que aparecen extractadas más arriba. En términos prácticamente idénticos, ha vuelto a hacer referencia a la misma en la sentencia del as. Meeth c. Glacetal y en las de los asuntos 201/82 (Gerling Konzern c. Amministrazione del Tesoro)<sup>221</sup>, 71/83 (Russ & Russ c. Haven & Goemmine Hout)<sup>222</sup>, 22/85 (Anterist c. Crédit Lyonnais)<sup>223</sup> y más recientemente en el as. Benincasa c. Dentalkit. En todas estas sentencias, el Tribunal ha señalado que las prorrogaciones de foro excluyen tanto la regla general del art. 2 CB como las de los foros especiales de los arts. 5 y 6 CB.

12. En el convenio de Bruselas de 1968, sólo se prevén tres excepciones a esta regla general de primacía del foro de la sumisión expresa. En primer lugar, los foros de competencia exclusiva previstos en el art. 16 CB. Estos están supraordenadas al resto de los foros de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas<sup>224</sup>. El art. 17 CB no puede prevalecer sobre los foros del art. 16, ni contradecir los preceptos de los arts. 12 a 15 CB en materia de seguros y contratos de consumidores<sup>225</sup>.

---

*op. cit.*, p. 172), "...il semble raisonnable de présumer que les parties ont entendu faire produire plein effet à la clause et donc que la clause tient en échec les règles de compétence dérivées". Esta preeminencia ha motivado que algún autor, al referirse al foro del art. 17, I CB hable de "competencia exclusiva de segundo grado": V. ESPINAR VICENTE, J. M., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 74: "...la prorrogatio fori opera como una competencia exclusiva de segundo grado, impidiendo que su conjunción con otra norma general o especial de competencia pueda hacer posible el conocimiento de un mismo asunto por dos tribunales de distintos Estados de la Comunidad".

<sup>221</sup> Sentencia de 14.7.1983, *Rec.*, 1983, p. 3663.

<sup>222</sup> Sentencia de 19.6.1984, *Rec.*, 1984, p. 2417.

<sup>223</sup> Sentencia de 24.6.1986, *Rec.*, 1986, p. 1951.

<sup>224</sup> V. REINER, H., *Gerichtsstandsvereinbarungen nach...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>225</sup> V. SAENGER, Ingo, "Wirksamkeit internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift für Otto Sandrock, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 2000, p. 808.

13. En segundo lugar, de la sumisión tácita (art. 18 CB), al que me he referido con anterioridad al tratar los supuestos excluidos del debate.

14. En tercer lugar, el del art. 57 CB.

15. En cuanto a esta última excepción, hipotéticamente, cabría otro límite a la voluntad de las partes a la hora de determinar la competencia judicial internacional en virtud del art. 17 CB: el de las relaciones del convenio de Bruselas de 27.9.1968 con otros convenios específicos que eventualmente prohibiesen a las partes derogar ciertas competencias por él establecidas<sup>226</sup>. Un ejemplo podría ser el del art. 21 del convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 31 de marzo de 1978 (conocido como Reglas de Hamburgo). En virtud de dicho precepto, quedarían privadas de eficacia las cláusulas de elección de foro estipuladas con anterioridad al nacimiento del litigio, pues de acuerdo con su tenor literal: *"...surtirá efecto todo acuerdo celebrado por las partes después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte marítimo en el que se designe el lugar en el que el demandante podrá ejercitar su acción"*. No obstante, actualmente, dichas reglas no han sido ratificadas por los Estados miembros de la UE.

16. De manera que, salvo que el Juez de la demanda inicial pudiera fundar su competencia en un foro exclusivo, el único supuesto en el que podría entrar a conocer de la compensación de créditos a pesar de la existencia de una prorrogación de foro del art. 17, I CB en aplicación de las reglas de jerarquía entre los foros del convenio, sería el de la sumisión tácita del art. 18 CB. Supuesto que ya hemos mencionado entre los excluidos de la discusión.

---

<sup>226</sup> V. BERAUDO, J. M., *"Convention de Bruxelles..."*, op. cit., (10) y (11); RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, op. cit., p. 70.

17. Así que, de acuerdo con lo afirmado hasta ahora, podríamos formular la solución al problema planteado esquemáticamente como sigue. La regla sería que en caso de duda, una cláusula de elección de foro que afectara al contracrédito, en la que no se haga una referencia expresa al ejercicio de dicho crédito mediante compensación, implicará una prohibición de compensar ante unos tribunales distintos de los designados de acuerdo con las siguientes directrices de interpretación:

Primero, habría de tomarse en consideración de la voluntad de las partes y las circunstancias del caso concreto. Como ya se ha señalado, las partes han podido *efectuar una mención expresa a la compensación de créditos*.

En caso de duda, la prorrogación de un foro exclusivo implicará una prohibición de compensar (= un foro exclusivo sería a su vez excluyente)<sup>227</sup>.

18. Podemos señalar algunos índices de que la cláusula de elección de foro pactada por las partes pretende fundar un foro exclusivo. El supuesto más claro sería aquél en el que las partes señalasen expresamente, que la cláusula atribuye competencia exclusiva. De no ser así, podría ser una muestra de su voluntad en este sentido que los tribunales designados fueran ya de por sí, competentes en virtud de un criterio de atribución de competencia judicial internacional de los previstos legalmente. En estos casos, presupondríamos que una redundancia tal no podría considerarse irrelevante. Las partes se habrían referido a un foro *previsto legalmente con el fin de centralizar en él los litigios que pudieran surgir entre ambas con ocasión de una relación jurídica determinada con exclusión de cualquier otro*<sup>228</sup>. Algún autor ha denominado a este tipo de convenios como

---

<sup>227</sup> También lo creen así KROPHOLLER, J. , *Europäisches Zivilprozeßrecht*, op. cit. , p. 270, n. marg. 104; MANSEL, H. P. , *"Gerichtsstandvereinbarungen und Ausschluß..."*, op. cit. , p. 69; SCHACK, H. , *Internationales Zivilverfahrensrecht*, op. cit. , p. 173, n. marg. 460: *"Folge der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands kann ein (prozessuales) Aufrechnungsverbot vor allen anderen Gerichten sein"* y n. marg. 461.

<sup>228</sup> V. RODRÍGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , p. 160. Según este autor, en el as. Meeth c. Glacetal. Por ejemplo, la elección del foro del domicilio de la parte que resulte

"pactos únicamente derogatorios"<sup>229</sup>, dado que se limitarían a excluir la competencia del resto de los foros legales, salvo la del designado.

19. También podría ser indicativo de la voluntad de las partes de pactar un foro exclusivo que el mismo contrato contuviera una elección de la ley aplicable y ésta coincidiese con la ley del Estado designado<sup>230</sup>. No obstante, este dato no tendría por qué ser definitivo.

20. Algunos autores afirman que podríamos deducir la no exclusividad del pacto de sumisión de que la decisión del tribunal prorrogado no fuese susceptible de reconocimiento y ejecución en ese mismo Estado<sup>231</sup>.

21. Por otro lado, en caso de que podamos afirmar que nos encontramos ante una cláusula de atribución de competencia a favor de una sola de las partes, la prohibición de compensar sólo afectaría a aquella para la que el foro funcionaría como exclusivo. Es decir, a la parte no favorecida por dicha cláusula.

De acuerdo con el tenor de este párrafo del art. 17: "*Cuando se celebre un convenio atributivo de competencia en favor de una sola de las partes, ésta conservará su derecho de acudir ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del presente Convenio*". Es decir, el foro opera como facultativo respecto de la parte favorecida por el mismo y como exclusivo en relación con la otra. Paralelamente, la cláusula de sumisión no impediría que el juez competente en virtud de cualquier otro foro del convenio de Bruselas entrase a conocer de la compensación si quien la hace valer es la parte favorecida, puesto que ésta

---

demandada en cada caso, supondría que este foro fuera competente no en concurrencia con las reglas de competencia especial de los arts. 5 y 6, sino con carácter exclusivo.

<sup>229</sup> V. RODRÍGUEZ BENOT, A. , *Los acuerdos atributivos...*, op. cit. , p. 432.

<sup>230</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 1695; KIM, Y. J. , *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen*, op. cit. , p. 175.

<sup>231</sup> V. *ib. id.* , pp. 1965 – 1966.

tendría la facultad de renunciar a la presunción de exclusividad que se deduciría del art. 17, I CB<sup>232</sup>.

22. De tal manera que, con carácter general, podemos afirmar que la presunción de exclusividad contenida en el art. 17 nos permitiría, a su vez, formular una presunción a favor de la prohibición de compensar cuando los tribunales designados en una cláusula de elección de foro no coincidan con el que estuviera conociendo de la demanda inicial.

23. Por tanto, interesa destacar los principios que fundamentarían la "presunción de exclusividad". Estos principios son dos y a ellos ya me he referido al explicar la *ratio* del foro de la sumisión expresa del convenio.

---

<sup>232</sup> El TJCE en la sentencia de 24.6.1986 (as. 22/85, *Anterist c. Crédit Lyonnais*, Rec. , 1986, pp. 1951 ss. ), se ha referido a cuándo podríamos entender que nos encontramos ante una cláusula de elección de foro a favor de una sola de las partes. Para ello, no bastaría con que el tribunal designado en el pacto de sumisión coincidiera con el del domicilio de una de ellas (Fundamentos 16 y 17). En el Fundamento 16, concretamente, el Tribunal de Justicia afirma que: *"La designación del tribunal de un Estado contratante en el que tenga su domicilio una de las partes, habida cuenta de la multiplicidad de motivos que han podido inspirar tal estipulación, no basta por sí misma para llegar a la conclusión de que la voluntad común fue favorecer a dicha parte"*. En los Fundamentos 14 y 15 de la misma sentencia, el Tribunal concreta cuándo podemos entender que la cláusula se ha pactado a favor de una de las partes y sitúa el art. 17, IV en relación con la *ratio* del foro de la sumisión expresa: *"Por cuanto que el art. 17 del Convenio consagra el principio de autonomía de la voluntad, el párrafo 3 del mismo debe interpretarse de manera que respete la voluntad común de las partes en el momento de celebración del contrato. Por consiguiente, es necesario que la voluntad común de otorgar una ventaja a una de las partes resulte claramente de los términos de la cláusula, del conjunto de indicios hallados en el contrato o de las circunstancias que rodearon la celebración del mismo. Deben considerarse cláusulas cuyos términos muestran que las mismas se estipularon a favor solamente de una de las partes, las cláusulas que indiquen de forma expresa la parte en cuyo favor se estipularon y aquéllas que precisen ante qué tribunales cada una de las partes debe demandar a la otra, pero que atribuyan a una de ellas la posibilidad de elegir entre un número más amplio de órganos jurisdiccionales"*. De manera que, poniendo especial énfasis en el segundo de estos dos fundamentos, las partes habrían de establecer expresamente que desean pactar un foro de este tipo, puesto que una acuerdo atributivo de competencia a favor de una de las partes es algo excepcional, que deroga un principio de igualdad entre ellas (*Conclusiones del Abogado general en el as. 22/85*, Rec. , 1986, p. 1955). A favor de esta interpretación: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. , "Las cláusulas de elección de foro...", *op. cit.* , p. 114; también GAUDEMET-TALLON, H. , según la cual una interpretación amplia del art. 17, IV CB privaría al art. 17, I de su efecto útil. También señala esta misma autora que la forma de favorecer el principio de seguridad jurídica que inspira el art. 17 es considerar que sólo estamos ante una cláusula de elección de foro a favor de una de las partes cuando éstas lo hayan hecho constar expresamente (*"Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas de 24.6.1986"*, *Rev. crit. dr. int. pr.* , 1987, p. 141).



24. En primer término, la exclusividad se apoyaría en el carácter fundamental del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial<sup>233</sup>. Este constituye uno de los principios inspiradores del convenio y como ya he señalado, se preferiría al principio de economía procesal.

25. En segundo lugar, la presunción de exclusividad de las prorrogaciones de foro se basaría en el principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza de las partes que contarían con que sólo tendrían que acudir a defenderse ante el tribunal o los tribunales del Estado designado.

26. Cuando nos encontremos ante contrarreclamaciones conexas, la solución habría de ser la misma: tras atender a las circunstancias del caso concreto, en caso de duda, presumiremos que la existencia de una cláusula de elección de foro aplicable al contracrédito que designe a un tribunal o a una jurisdicción estatal distinta de la del Juez de la demanda inicial dará lugar a una prohibición de compensar. Esto es, la colisión entre el *forum reconventionis* (art. 6. 3 CB) y el *forum prorogationis* habría de resolverse a favor de este último (art. 17 CB) de acuerdo con la estructura del sistema de normas sobre la competencia judicial internacional del convenio<sup>234</sup>. La misma afirmación cabría ser predicada del

---

<sup>233</sup> En este sentido, son elocuentes las palabras de RODRÍGUEZ BENOT, A. , en "Acuerdos para la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones y acuerdos atributivos de competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano", *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás Ed. , Madrid, 1998, p. 167: "La segunda de tales reglas (se está refiriendo a la del art. 17 CB) atiende al objetivo de conceder el más amplio ámbito de aplicación posible a la autonomía de la voluntad de las partes, criterio primario en la ordenación jurídica de la contratación interna e internacional; de hecho, el legislador comunitario pretendió con la consagración de este foro evitar la "huida" de los justiciables hacia la institución del arbitraje en el marco de un convenio especialmente pensado para la práctica del comercio internacional".

<sup>234</sup> Sin olvidar que la competencia judicial internacional es un *plus* respecto de la interna, ni que los intereses y riesgos son distintos en uno y en otro plano, parece interesante hacer referencia al debate mantenido sobre este tema por la doctrina española respecto de los litigios meramente internos. Esto es, en relación con las normas de competencia territorial. La doctrina española lleva ocupándose de esta cuestión (= la relación entre la sumisión expresa y la reconvencción) desde hace años. La postura mayoritaria parece ser la formulada por MÁRQUEZ ROMERO en su monografía *La reconvencción*, (op. cit. , p. 130). En ella, este autor afirma que "...no prevalecerá el fuero reconvenccional en los supuestos en que existiendo conexión entre la demanda principal y la del demandado respecto de la cuestión litigiosa objeto de la reconvencción, las partes se hubieran

conjunto de los *fora conexitatis* previstos en el art. 6. Los foros especiales por conexidad procesal no se encuentran entre las excepciones al carácter prioritario del art. 17 CB. El art. 6 CB no sería una regla imperativa que no pueda verse derogada por la voluntad de las partes<sup>235</sup>.

27. Esta posición la comparten diversos autores. Así, MANSEL, en su trabajo titulado "*Gerichtsstandsvereinbarungen und Ausschluß der Streitverkundung durch Prozeßvertrag*" la ha defendido a propósito del foro de la pluralidad de demandados, tanto en el Derecho autónomo alemán como en relación al art. 6. 1, CB<sup>236</sup>.

28. En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 20.12.1999<sup>237</sup>. Se trataba de un asunto en relación con un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías entre Damietta (Egipto) y Barcelona (España), celebrado entre dos sociedades (Compagnie Maritime D'Affretement y Pecados J. G. , S. L. ) con domicilio en Francia y España, respectivamente. El contrato incluía una cláusula de sumisión a

---

*sometido expresamente a un juzgado o tribunal distinto*". Un argumento bastante convincente a favor de esta postura es que de otro modo, la reconvencción podría convertirse en un mecanismo de elusión de la competencia derivada de un pacto de sumisión y en último término, de fraude a las normas que regulan la competencia judicial. En este sentido, también en relación a las normas sobre la competencia judicial interna, PELÁEZ DEL ROSAL afirmó en *La competencia territorial en el proceso civil*, Ariel, Barcelona, 1974, p. 255 que "*La jurisprudencia ha declarado que no pueden acumularse arbitrariamente varias acciones para burlar el pacto de sumisión convenido en una de ellas, ni las demás normas reguladoras de la competencia, porque la acumulación de acciones no puede perjudicar a la parte contraria en sus derechos*". La postura contraria ha sido defendida por autores como POLAINO ORTEGA (v. *Estudios de Derecho Procesal*, Sevilla, 1967, p. 91) y ARAGONESES ALONSO (v. *Técnica procesal: proceso de cognición y juicio verbal*, Aguilar, Madrid, 1955, pp. 454 y 455). Para estos, la competencia del juez ante el que se reconviene habría de prevalecer respecto del tribunal a cuyo favor exista una sumisión expresa de las partes.

<sup>235</sup> V. BUCHER, A. , "*Les convention d'élection...*", op. cit. , p. 184; KAHN-FREUND, O. , "*Jurisdiction agreements...*", op. cit. , p. 838.

<sup>236</sup> V. op. cit. , ZJP, 1996, pp. 68 y 76: "*Ein Streitverkundungsausschluß, der sich auf die in der Gerichtsstandsvereinbarung bezeichneten Rechtsverhältnisse bezieht, sollte (im Wege ergänzender Vertragsauslegung) im Zweifel immer dann angenommen werden, wenn die Parteien einem ausschließlichen Gerichtsstand vereinbart haben*".

<sup>237</sup> En A. C. , 45/2000, @ 999.

los tribunales de Marsella. La sociedad española demandó conjuntamente a la naviera transportista (Compagnie Maritime) y a la transitaria, domiciliada en España, ante los tribunales españoles. La compañía con domicilio en Francia impugnó la competencia de dichos tribunales.

Tanto el Tribunal de primera instancia, como la Audiencia, consideran que la entidad demandada estaría en lo cierto, sobre la base de que el foro de la sumisión expresa del convenio de Bruselas prevalece sobre el de la pluralidad de demandados.

29. Los mismo aparece expresamente recogido en el art. 14, II del proyecto de convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales<sup>238</sup>. Según dicho precepto, no podría atraerse a una persona al foro de la pluralidad de demandados si existe una prórroga de la competencia exclusiva de acuerdo con lo que preveería el mismo convenio.

30. En cuanto a los demás foros por conexidad procesal, en relación con el art. 6. 2 CB, encontramos la misma solución (= preeminencia del foro de la sumisión expresa) formulada en el *Informe Jenard*. En éste se afirma que: "...en aplicación del artículo 17, el tribunal que conoce de la demanda principal no será competente respecto de la demanda sobre obligaciones de garantía cuando entre el garante y el que recibe la garantía se haya realizado un convenio que atribuya la competencia a otra jurisdicción siempre que dicho convenio se refiera también al recurso de garantía"<sup>239</sup>.

31. También se refiere a la llamada en garantía MANSEL<sup>240</sup>, en el trabajo mencionado anteriormente y con mayor detalle SCHÜTZE en "*Ausschluß der*

---

<sup>238</sup> V. *Preliminary Document n° 11. Report of the Special Commission* elaborado por Peter Nygh y Fausto Pocar en la pag. Web: <http://hcch.net/e/workprog/jdm.html>.

<sup>239</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 80.

<sup>240</sup> "*Gerichtsstandsvereinbarungen und Ausschluß...*", op. cit., p. 70.

*Zuständigkeit der Garantieklage (Art. 6.2 EuGVÜ) durch internationale Gerichtsstandsvereinbarungen* ( Comentario a la sentencia del tribunal de apelación de Amiens de 1.7.1985)<sup>241</sup>.

32. Respecto del foro del art. 6. 4 CB, es ilustrativa la explicación de GAUDEMET-TALLON<sup>242</sup>. Según esta autora, la solución en cuanto a la posibilidad de acumular la acción contractual y la acción real en relación con un inmueble, a pesar del sometimiento de la primera de ellas al conocimiento de los tribunales de otro Estado, debe resolverse en los mismos términos que el resto de los supuestos en los que se produce una "colisión" entre el art. 17 y los foros por conexidad del art. 6. Es decir, que la voluntad de las partes habría de prevalecer sobre esta última regla de competencia. De tal manera que el tribunal donde esté sito el inmueble en cuestión, no podría entrar a conocer de la acción contractual.

33. Teniendo en cuenta lo afirmado hasta aquí, no cabe duda de que lo ideal desde el punto de vista de la seguridad de las partes, sería una referencia expresa al foro competente para la compensación en la cláusula de sumisión<sup>243</sup>. De ese modo, se reduciría considerablemente la incertidumbre derivada de la interpretación de la cláusula de elección de foro. Para evitar problemas interpretativos, lo más conveniente sería que tal mención se formulase de un modo claro y que se indicara que los tribunales designados serían competentes para conocer del crédito ejercitado en vía de compensación "*con independencia del cauce procesal utilizado*".

34. La presunción según la cual, en caso de duda, la existencia de una cláusula de elección de foro en la que las partes designan un tribunal o los tribunales de un Estado distinto al del Juez que está conociendo de la demanda inicial implicaría

---

<sup>241</sup> SCHÜTZE, Rolf A. , *RIW*, 1985, pp. 966 ss.

<sup>242</sup> V. *Les conventions de Bruxelles...*, *op. cit.* , p. 174.

<sup>243</sup> GEBAUER, M. , "*Internationale Zuständigkeit...*", *op. cit.* , p. 79; MANSEL, H. P. , "*Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluß...*", *op. cit.* , p. 77.

una prohibición de compensar no es aceptada unánimemente por la doctrina. Una gran parte de los autores se inclina por entender lo contrario. Es decir, por presumir que la compensación sería procesalmente admisible en estos casos<sup>244</sup>. Los argumentos que manejan los defensores de esta postura, a parte de su deseo de favorecer la compensación de créditos, dadas las ventajas que presenta desde el punto de vista del tráfico jurídico internacional (que no se ponen en duda) no me parecen convincentes. La premisa de la que estos autores suelen partir no sería acertada: el Juez de la demanda inicial podría entrar sin más (esto es, sin tener atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito), a conocer sobre el fondo de la compensación internacional opuesta por el demandado. Aparte de las razones señaladas más arriba por los que este punto de vista no parece convincente, pueden alegarse una serie de argumentos específicos en contra de estas opiniones.

35. Se tomará como contrarreferente la posición de GEBAUER<sup>245</sup>. Algunas de sus opiniones serían convincentes: el carácter fundamental del principio de protección de la confianza legítima de las partes en que, en virtud de lo dispuesto en la cláusula atributiva de competencia judicial internacional, los tribunales designados serán los que van a conocer de los litigios que se deriven de la relación jurídica a la que dicha cláusula resulte aplicable o lo deseable que sería

---

<sup>244</sup> V. entre otros, BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 17, nota al pie 56; GEBAUER, M., *"Internationale Zuständigkeit..."*, op. cit., p. 79 y 86; GEIMER, R. / SCHÜTZE, R. A., *Internationale Urteilsanerkennung*, op. cit., vol. 1, p. 528; KILLIAS, L., *Die Gerichtsstandsvereinbarungen...*, op. cit., p. 238; KIM, Y. J., *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen*, op. cit., p. 201 (sorprendentemente, este autor no da ninguna argumento a favor de su posición); PIEKENBROCK, A., *"Internationale (Prozess-) Aufrechnung..."*, op. cit., p. 755 (Para este autor el problema de los efectos de una cláusula de sumisión aplicable al contracrédito sobre el ejercicio de la compensación se resolvería mediante la interpretación de la voluntad de las partes expresada en dicha cláusula, sin necesidad de tomar en consideración las normas sobre la competencia judicial internacional. Por otra parte, PIEKENBROCK entiende que no cabría una presunción a favor de la concurrencia de una prohibición de compensar en estos casos. De acuerdo con su punto de vista, lo que habría de presumirse sería más bien que las prórrogas de la competencia estarían, a priori, pensadas para el ejercicio de acciones independientes); RAUSCHER, Thomas, *"Zuständigkeit und rügelose Einlassung nach den EuGVÜ"*, RIW, 1985, p. 888; REINER, H., *Gerichtsstandsvereinbarungen nach...*, op. cit., p. 85.

<sup>245</sup> En *"Internationale Zuständigkeit..."*, op. cit., pp. 86 ss.

desde el punto de vista de la seguridad de las partes, que el convenio de elección de foro contuviese una mención expresa y clara al ejercicio de la compensación de créditos. Sin embargo, el núcleo duro de su argumentación y los resultados de la misma no parecen adecuados.

36. El punto de partida más acertado para la resolución de la cuestión debatida no sería el adoptado por este autor: la calificación de la compensación de créditos en el Derecho alemán como un instituto jurídico-material<sup>246</sup>. De ello, GEBAUER deduce que las prohibiciones de compensar, incluida la que podría derivar de la existencia de una cláusula de elección de foro a favor de un tribunal distinto al de la demanda inicial, habrían de ser calificadas del mismo modo (= materialmente) y resueltas a la luz de la *lex causae*<sup>247</sup>. Dicha ley además, y sin mayor explicación por parte de este autor, no habría de ser la ley aplicable a la compensación de créditos (el *Aufrechnungsstatut*<sup>248</sup>), sino la que rige contracrédito<sup>249</sup>. Tal complicación de la cuestión se hacía innecesaria, puesto que ésta puede y ha de ser resuelta en el ámbito de las normas de Derecho procesal civil internacional que regulan la competencia judicial. Lo cual es coherente con que las cláusulas de elección de foro, a pesar de tener un claro fundamento contractual en cuanto que están insertas en un determinado contrato y se basan en el principio de autonomía de la voluntad, están llamadas a producir efectos en el proceso<sup>250</sup> (de prorrogación y derogación de foros de competencia).

---

<sup>246</sup> V. "Die Aufrechnung nach italienischen Recht vor deutschen Gerichten – prozessuale und materiellrechtliche Probleme", *Jahrbuch für italienisches Recht*, 12/1999, Neumann Druck, Heidelberg, pp. 32 – 33.

<sup>247</sup> V. "Internationale Zuständigkeit...", *op. cit.*, p. 81.

<sup>248</sup> De acuerdo con la doctrina alemana dominante, que GEBAUER comparte, éste sería el del crédito que pretende extinguirse mediante la oposición de la compensación (*Hauptforderung* o crédito pasivo).

<sup>249</sup> La ley del crédito activo o *Gegenforderung*. V. "Internationale Zuständigkeit...", *op. cit.*, p. 86: "Das vertragliche Aufrechnungsverbot in einer Gerichtsstandsvereinbarung ist materiellrechtlich zu qualifizieren. Es unterliegt dem Statut der Gegenforderung, nicht dem Aufrechnungsstatut".

<sup>250</sup> V. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Las cláusulas de elección de foro...", *op. cit.*, p. 111.

37. A partir de esta premisa asumida por GEBAUER, las consecuencias no dejan de ser sorprendentes. Así, llega a afirmar que las cláusulas de elección de foro tendrían "*efectos extraprocesales*"<sup>251</sup>, en el sentido de que no sólo la compensación declarada en el procedimiento, sino también cualquier compensación consumada extraprocesalmente, podría quedar impedida por la existencia de una cláusula de elección de foro de la que se derivase una interpretación en tal sentido.

38. Como ya he puesto de manifiesto anteriormente, este autor alemán es partidario de efectuar una presunción en sentido contrario a la defendida en estas páginas<sup>252</sup>. Es decir, en su opinión, en los casos dudosos, debería permitirse al Juez de la demanda inicial entrar a pronunciarse sobre la compensación a pesar de la existencia de una cláusula de sumisión que designe como competentes a los tribunales de otro Estado<sup>253</sup>. Para afirmar esto, GEBAUER se basa en la "protección del deudor" y el principio de igualdad de armas, así como en el de economía procesal.

39. En cuanto al primero de los argumentos que acabo de señalar, hay que tener en cuenta que en la compensación de créditos los dos contratantes son deudores recíprocos, por lo que no resulta fácil de comprender que se pretenda proteger a uno sobre el otro. El referirse a "deudor" y no a "demandado" supone ya de algún modo entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. No obstante, esto sería congruente con la posición sostenida por GEBAUER en cuanto a la calificación "jurídico-material" del problema planteado.

---

<sup>251</sup> También MANKOWSKI en "Comentario a la sentencia...", *op. cit.*, ZZP, 109/1996, pp. 376 – 378.

<sup>252</sup> V. "*Die Aufrechnung nach italienischen Recht...*", *op. cit.*, p. 51. Aquí, GEBAUER afirma expresamente que no comparte la posición del *Bundesgerichtshof* (= en caso de duda una cláusula de sumisión del contracrédito a un tribunal distinto del que esté conociendo de la demanda inicial implicaría una prohibición de compensar) respecto de este problema.

<sup>253</sup> V. "*Internationale Zuständigkeit...*", *op. cit.*, p. 83.

40. Por otra parte, resulta extraño que este autor esgrima el principio de igualdad de armas procesales<sup>254</sup> a favor de su posición. Como ya se ha explicado en otro lugar<sup>255</sup>, si permitimos que el Juez de la demanda inicial entre a pronunciarse de la compensación sin tener atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito se favorecería claramente a una parte frente a la otra: a la parte demandada. De todos modos, el mismo GEBAUER estaría reconociendo esto, cuando afirma que su posición pretendería "favorecer al deudor".

Como ha mantenido el *BGH*<sup>256</sup>, es la admisión de la compensación a pesar de la existencia de una prorrogación de foro con carácter exclusivo la que efectivamente vulneraría este principio y no al revés. Si admitiéramos que el Juez de la demanda inicial entrara a conocer de la compensación en esos supuestos, estaríamos imponiendo al demandante una doble carga. Por una lado, si el procedimiento se inicia sobre la base del art. 2 CB, el demandante habría de desplazarse a los tribunales del domicilio del demandado con el objeto de reclamar el pago del crédito inicial. Por otro, el demandante se vería obligado a hacer frente a una contrarreclamación ante esos mismos tribunales cuando lo que preveía era tener que defenderse respecto del contracrédito en otro foro.

41. El argumento que toma como base el principio de economía procesal es el que manejan la mayoría de los autores que en caso de duda, presumen que la compensación no puede verse obstaculizada por efecto de una prorrogación de foro en el caso de contrarreclamaciones conexas<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Lo mismo cabe argüir en contra de la opinión de Von FALKENHAUSEN formulada en "*Ausschluß von Aufrechnung...*", *op. cit.*, p. 387, salvo que este autor se mantiene en el plano procesal y no habla, por lo tanto de la protección del deudor.

<sup>255</sup> V. *Supra* III. 1.2. § 10.

<sup>256</sup> Una explicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán a este respecto se encuentra en HAUSMANN, REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales...*, *op. cit.*, p. 1703.

<sup>257</sup> Así también Von FALKENHAUSEN, J. F., "*Ausschluß von Aufrechnung...*", *op. cit.*, p. 388.



Ya he señalado más arriba cómo del propio sistema de normas de competencia judicial internacional del convenio de Bruselas de 27.9.1968 se deduce la solución del conflicto *forum prorogati* c. *forum reconventionis* a favor del primero. Esto es, se trataría de un conflicto convencionalmente resuelto. Por otro lado, además, siempre existiría la posibilidad de que las partes se sometiesen tácitamente al Juez que está conociendo de la demanda inicial, a pesar de la existencia de una prorrogación de foro a otros tribunales. Es decir, si de veras el interés de las partes consiste en evitar la duplicidad de procesos sobre una misma causa, existen mecanismos para ello que no se ven impedidos por la regla general (= primacía de la prorrogación de foro).

42. Por último, la presunción contraria a la prohibición de compensar, se apoyaría en el argumento según el cual lo contrario produciría la privación al demandado de un mecanismo de defensa fundamental en el proceso<sup>258</sup>. A von FALKENHAUSEN le preocupa que como consecuencia de ello, se llegue a emitir una sentencia con efectos de cosa juzgada que no refleje "la realidad"<sup>259</sup>: la existencia de un contracrédito a favor del demandado.

43. La supuesta vulneración de los derechos de defensa del demandado parece un argumento débil. Primero, porque no creo que pueda considerarse que el respeto de las normas de competencia judicial internacional y la jerarquía entre foros de lugar a una tal privación injustificada. También el demandante se ve obligado a acudir a un Juez competente con el objeto de reclamar el crédito inicial.

En segundo lugar, porque siempre podría utilizarse el mecanismo de la suspensión del procedimiento inicial mientras en el foro prorrogado se decide

---

<sup>258</sup> V. SAENGER, I., "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen...", op. cit., p. 495.

<sup>259</sup> V. "Ausschluß von Aufrechnung...", op. cit., p. 387.

sobre la existencia del crédito de la compensación<sup>260</sup> (mecanismo al que me he referido al estudiar el problema de la atribución de competencia sobre el contracrédito<sup>261</sup>).

44. En cuanto a que de no admitirse que el Juez que conoce de la demanda inicial se pronuncie sobre la compensación la sentencia no reflejaría la realidad y sin embargo, tendría eficacia de cosa juzgada, creo que se trata de una afirmación desacertada. La decisión mediante la que se condenara al demandado al pago del crédito inicial sería acorde con la realidad. El crédito inicial existe y el demandado lo adeudaría. No olvidemos que la existencia de este crédito es un presupuesto necesario para que de haber sido "admitida procesalmente" la compensación hubiera podido estimarse. Nada impediría al demandado acudir a los tribunales del foro prorrogado para hacer valer el contracrédito del que se dice titular. De todos modos, se acaba de hacer hincapié en que la suspensión del procedimiento inicial acompañada, si se considera oportuno, de una decisión provisional podría constituir un mecanismo que permitiera al Juez de la demanda inicial emitir una sentencia con efectos de cosa juzgada que tome en consideración la compensación. Es decir, "conforme a la realidad" en los términos en los que la entiende von FALKENHAUSEN<sup>262</sup>.

45. El Tribunal Supremo alemán ha marcado una línea jurisprudencial continua en cuanto a la solución del problema<sup>263</sup>. En varias sentencias, entre las que se encuentra la que resolvió el caso en torno al cual se planteó la cuestión prejudicial del as. Meeth c. Glacetal<sup>264</sup>, este Tribunal ha mantenido que la existencia de una

---

<sup>260</sup> En contra GEBAUER, M., *"Internationale Zuständigkeit..."*, op. cit., p. 86.

<sup>261</sup> V. *Supra* III. 1.2. § 20.

<sup>262</sup> Curiosamente, este autor no utiliza los mismo argumentos cuando el cauce procesal utilizado por el demandado para oponer la compensación es la *Widerklage* (reconvención). En ese caso, si que se muestra partidario de la prohibición de compensar (V. *"Ausschluß von Aufrechnung..."*, op. cit., p. 389).

<sup>263</sup> V. GOTTWALD, P., *Münchener Kommentar*, op. cit., p. 1646, n. marg. 58.

<sup>264</sup> La sentencia del BGH 20.6.1979, NJW, 1979, pp. 2477 ss.

cláusula de elección de foro válidamente acordada por las partes, en virtud de la cual se atribuye competencia judicial internacional a un tribunal o a los tribunales de un Estado distinto del que está conociendo de la demanda inicial con carácter exclusivo daría lugar a una prohibición de compensar ante este último órgano judicial. En ellas, el punto de partida del Tribunal también es la interpretación de la voluntad de las partes caso por caso.

Así por ejemplo, en la sentencia de 20.12.1972<sup>265</sup>. En otra resolución de la misma fecha<sup>266</sup>, el Tribunal alemán afirmó que si se ha pactado que los tribunales del domicilio del demandado son los competentes para conocer de las controversias que pudieran surgir de un determinado contrato, sólo podría oponerse la compensación con créditos surgidos del mismo ante dichos tribunales<sup>267</sup>.

46. En esta última sentencia, además de basarse en que las partes habían pactado la competencia *exclusiva* de los tribunales de París, el *Bundesgerichtshof* utiliza como argumento la comparación con la solución al problema de la existencia de una sumisión a arbitraje que afecta al crédito de la compensación.

47. Otro ejemplo interesante de la jurisprudencia alemana es el de la sentencia de 8.7.1981<sup>268</sup>. Una empresa con domicilio en Finlandia había celebrado un contrato de distribución con una sociedad con domicilio en Munich. En él, pactaron la aplicación del Derecho finlandés y la prorrogación con carácter exclusivo, del foro de los tribunales de Helsinki. Después de extinguido este contrato, la firma

---

<sup>265</sup> V. *NJW*, 1973, p. 422.

<sup>266</sup> V. *NJW*, 1973, p. 421.

<sup>267</sup> Tendríamos aquí un ejemplo de cláusula atributiva de competencia judicial internacional exclusiva en la que se designan los tribunales competentes en virtud de un criterio ya legalmente establecido.

<sup>268</sup> V. *NJW*, 1981, p. 2644.

con domicilio en Alemania fue demandada por la domiciliada en Finlandia ante los tribunales de Munich en reclamación del precio de un determinado suministro. La empresa domiciliada en Alemania opuso la compensación con una serie de créditos derivados del contrato de distribución por medio de una demanda reconvenzional. *Obiter dicta*, el BGH afirmó que la cláusula de elección de foro afectaba tanto al ejercicio de la compensación mediante reconvencción como por medio de una mera excepción.

48. En Francia, autores como BERAUDO y GAUDEMET-TALLON<sup>269</sup> se muestran claramente partidarios de presumir que en caso de duda, la existencia de una cláusula de elección de foro que designe a un tribunal distinto del que está conociendo de la demanda inicial implicaría una prohibición de compensar. Así el primero de estos autores afirma de un modo contundente que: *"...sauf expression de volonté contraire, le rapport de droit pour lequel un accord de for a été stipulé, ne peut pas être soumis à une juridiction qui n'a pas été choisie, même par le biais d'une demande reconventionnelle. Il n'y a pas en effet de raison sérieuse de trancher ce cas différemment de l'appel en garantie"*.

49. El hecho de que estos autores se muestren claramente partidarios de la postura propuesta en este trabajo es especialmente importante si tenemos en cuenta dos observaciones enlazadas.

50. En primer lugar, la desconfianza de la tradición jurídica francesa frente a las cláusulas de atribución de competencia judicial internacional y sus efectos<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> V. BERAUDO, J. M. , *"Convention de Bruxelles..."*, op. cit. , (10) y (11) y GAUDEMET-TALLON, H. , *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit. , p. 172. Lo mismo en AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, Economica, Paris, 1991, pp. 427 ss. , n. marg. 529. Según este último autor, la solución a favor del art. 17 CB frente al 6 se fundamentaría en que dicho convenio pretende dar la más amplia eficacia posible a las cláusulas de elección de foro.

<sup>270</sup> V. ANCEL, B. , *"La clause attributive..."*, op. cit. , p. 265; MEZGER, Ernst, *"Die Ausschließlichkeit des gewählten..."*, op. cit. , p. 333; SCHÜTZE, R. A. , *"Ausschluß der Zuständigkeit..."*, op. cit. , p. 967.

Dos razones parecen justificar este recelo. Por una parte, una concepción arcaica de las cláusulas de elección de foro en relación con la soberanía estatal. De acuerdo con esta visión arcaica, la jurisdicción de un Estado sería una prerrogativa de la soberanía estatal que repugnaría a la participación de las partes.

51. Esta idea también habría estado en la base, por ejemplo, del art. 2 del Código de Derecho Procesal Civil italiano<sup>271</sup>, que limitaba los convenios atributivos de competencia judicial internacional a un tribunal de otro Estado a los supuestos en los que las conexiones con Italia fueran muy débiles.

52. Como se explicará más adelante, también responde a esta "lógica de la soberanía" gran parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en torno a las cláusulas de elección de foro.

53. Actualmente, este tipo de planteamientos han de quedar superados. Máxime teniendo en cuenta el contenido de la regulación convencional a este respecto, que he expuesto con detalle más arriba.

54. La segunda razón podría tener que ver con el miedo a posibles abusos por parte de uno de los contratantes. De acuerdo con lo señalado anteriormente, este tipo de recelos suele dar lugar a la introducción de límites a la autonomía de la voluntad en el ámbito de determinadas materias como los contratos de consumo o de trabajo. No obstante, no pueden amparar limitaciones "injustificadas" de la libertad de disposición de las partes en el tráfico jurídico internacional.

55. En segundo lugar, la otra observación por la que nos parece importante que los autores franceses se muestren favorables a la posición defendida en estas páginas tiene que ver con que en el Derecho procesal francés está consagrada la

---

<sup>271</sup> V. CAMPEIS, Giuseppe / DE PAULI, Arrigo, *La procedura civile internazionale*, 2ª ed. , CEDAM, Padua, 1996, p. 206.

posición contraria en el art. 333 del Nouveau Code de Procédure civil (NCPC) respecto de la intervención de terceros en los procesos meramente internos<sup>272</sup>.

56. La *Cour de cassation* francesa ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la incidencia de una prórroga de la competencia judicial internacional sobre el foro para la intervención de terceros en el proceso del art. 6. 2 CB en la sentencia de 18.10.1989<sup>273</sup>. En este caso, una persona domiciliada en la República Federal de Alemania era llamada en garantía ante los tribunales franceses ante los que se había interpuesto la demanda inicial. De tal manera que, en principio, era aplicable el art. 6.2 CB. Pero, entre el garante y la persona llamada en garantía existía un convenio atributivo de competencia a los tribunales alemanes (= tribunales del domicilio del garante). La Corte suprema casó la decisión del órgano jurisdiccional de apelación que estimaba la declinatoria, ya que según su punto de vista, de la cláusula de sumisión quedaría excluida la llamada en garantía.

57. El tribunal afirmó la preeminencia del art. 17 CB sobre el art. 6<sup>274</sup>. No obstante, dejó claro que una cláusula de elección de foro no puede excluir la competencia derivada del art. 6. 2 CB si las partes no han querido concederle este efecto. Como se he afirmado anteriormente, para determinar los efectos de la existencia de una cláusula de sumisión aplicable al contracrédito sobre el ejercicio de la compensación, lo primero que habría de hacerse sería interpretar la voluntad de las partes manifestada en la cláusula de sumisión. Luego parece adecuada la opinión del Tribunal francés en relación con este extremo.

---

<sup>272</sup> De acuerdo con el tenor de este art.: "*Les tiers mis en cause est tenu de proceder devant la juridiction saisie de la demande originale, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence*".

<sup>273</sup> Asunto *Société Berlit Standt c. Compagnie d'assurances L'alsacienne et autres*, JDI, 1991, p. 155 (comentada por A. HUET).

<sup>274</sup> V. JDI, 1991, p. 156.

A la luz de las circunstancias del caso concreto, la *Cour* entendió que las partes no querían hacer extensiva la cláusula de sumisión al recurso de la llamada en garantía.

58. Pero su decisión no se fundamenta tanto en esto, como en el siguiente argumento, que no comparto: "*...il est de principe qu'une clause de juridiction doit être interprétée restrictivement et l'on peut penser que ce principe a encore plus de valeur lorsque la clause va à l'encontre des considérations de bonne administration de la justice et d'économie de procédure dont s'inspire l'article 6 de la Convention de Bruxelles*"<sup>275</sup>.

59. No parece adecuado que las cláusulas de elección de foro hayan de ser objeto de una interpretación restrictiva sobre la base de que excluyen los foros especiales de los arts. 5 y 6 y el foro general del art. 2CB<sup>276</sup>. La importancia del principio de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de la estructura de los criterios de atribución de competencia judicial internacional a la que ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones, iría en contra de ello.

60. Parece ser que en la decisión del Tribunal francés habrían pesado los dos elementos destacados más arriba: la tradición jurídica francesa recelosa frente a los pactos de sumisión de la competencia judicial internacional y el tenor del art. 333 NCPG.

61. Como consecuencia de esto, resulta extraño que GAUDEMET-TALLON traiga a colación esta sentencia para fundamentar su posición favorable a la

---

<sup>275</sup> V. *JDI*, 1991, p. 157.

<sup>276</sup> V. por ejemplo, la opinión al respecto de SAMTLEBEN, J. en "*Forum fixing*", *op. cit.*, p. 722. Como señala este autor, en el ámbito del convenio de Bruselas de 1968, la tendencia habría de ser la contraria: favorecer las cláusulas de elección de foro lo más posible. De ahí que se presuma que las partes pretenderían atribuir una competencia exclusiva mediante la prorrogación de foro.

presunción de la prohibición de compensar, en estos casos, en el ámbito de aplicación del art. 17 CB<sup>277</sup>.

62. No fue esta la primera ocasión en la que la Corte de casación francesa adoptaba un punto de vista similar. Así en una sentencia de 12.7.1982<sup>278</sup> se inclinó por dar la misma solución a los litigios internacionales que la prevista en el art. 333 NCPC para los litigios internos. En esa sentencia, se trataba de una naviera domiciliada en Francia que adquiría de un astillero también con domicilio en Francia, maquinaria para la construcción de un barco. La embarcación contaba con dos motores a propulsión distribuidos por una empresa con domicilio en Alemania. La naviera demandó ante los tribunales de París al astillero, solicitando una indemnización por daños en las mercancías. Entre las mercancías supuestamente dañadas debían encontrarse los motores distribuidos por la entidad domiciliada en Alemania, por lo que la demandada interpuso una demanda incidental con el fin de que también participase en el proceso la empresa distribuidora de los motores. El astillero y la entidad con domicilio en Alemania habían suscrito con anterioridad al litigio una cláusula atributiva de competencia judicial internacional de acuerdo con la cual sólo podrían ser demandadas ante los tribunales de su domicilio. En contra de lo que podríamos esperar, la *Cour* consideró preeminente el foro del art. 6. 2 CB frente al del art. 17. Diversos autores han criticado la decisión y la han explicado atendiendo al recelo tradicional de los tribunales franceses frente a las cláusulas de elección de foro<sup>279</sup>.

63. Sin embargo, el tribunal de apelación en ese mismo supuesto (= la *Cour d'Appel Amiens*) en su sentencia de 1.7.1985 adoptó una decisión de signo

---

<sup>277</sup> V. *Les conventions de Bruxelles...*, op. cit., p. 173.

<sup>278</sup> Asunto soc. Voith c. Soc. Chantiers et Ateliers de la Perrière et autres, *Cour de cassation* (1<sup>er</sup>. chambre civile) comentado por MEZGER, E. en "Die Ausschließlichkeit...", op. cit., pp. 331 ss y LAGARDE, Paul, "Comentario a la sentencia de la *Cour de cassation* de 12.7.1982", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, p. 659.

<sup>279</sup> V. MEZGER, E., "Die Ausschließlichkeit...", op. cit., p. 333 y LAGARDE, P., "Comentario a la sentencia...", op. cit., pp. 659 ss.



contrario, de acuerdo con la cual una prorrogación de foro derogaría la competencia del art. 6. 2 CB en la medida en que se trate de una atribución de competencia exclusiva. Este Tribunal sí que se apartaría de lo que hemos denominado "tradición jurídica francesa". De ahí que, SCHÜTZE haya efectuado una crítica positiva de la misma<sup>280</sup>.

## **2.6. Prorrogaciones de foro y compensación de créditos en el Derecho internacional privado autónomo español**

1. En el Derecho procesal civil internacional autónomo español no existe ninguna norma que regule los efectos de una cláusula atributiva de competencia judicial internacional sobre el ejercicio de la compensación de créditos. Tampoco existe regla jurídica alguna en torno a si debemos presumir o no la exclusividad de las prorrogaciones de foro.

2. En principio, los argumentos a favor de que, en caso de duda, la existencia de una cláusula de elección de foro aplicable al contracrédito se interprete como una prohibición de compensar ante unos tribunales distintos de los designados estarían pensados para el régimen convencional del art. 17 CB. Sin embargo, en estas líneas se intenta demostrar que dichos argumentos también servirían para mantener la misma presunción respecto de los supuestos a los que no resultaría aplicable el tenor literal del citado precepto del convenio de Bruselas. Es decir, se propone una interpretación global unívoca del sistema de normas sobre la competencia judicial internacional español.

3. En la doctrina, existe unanimidad en cuanto a que cuando no se dan los requisitos para la aplicación del art. 17 CB habremos de acudir a la regulación de

---

<sup>280</sup> En "Ausschluß der Zuständigkeit...", *op. cit.*, p. 967.

la prórroga de la competencia en el Derecho internacional privado autónomo del foro<sup>281</sup>. Lo mismo se recoge en el *Informe Schlosser*<sup>282</sup>.

4. De lo afirmado anteriormente en relación al ámbito de aplicación del art. 17 CB se deduce que los supuestos en los que corresponde al Derecho autónomo el análisis de la validez de un convenio atributivo de competencia serían esencialmente, tres.

5. En primer lugar, el caso en que el litigio estuviese excluido del ámbito material del convenio de Bruselas definido en su art. 1. Esto es, cuando no nos encontrásemos ante "*materia civil o mercantil*".

6. En segundo término, el supuesto en el que ninguna de las partes estuviese domiciliada en un Estado contratante. En relación a esta hipótesis, el art. 17-CB contiene la siguiente regla: "*Cuando ninguna de las partes que hubieran celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado contratante, los tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieran declinado su competencia*"<sup>283</sup>. Se trata con ello de reforzar el principio de seguridad jurídica, así como el de armonía internacional de decisiones. En todo caso, si un tribunal español en un supuesto de este tipo, hubiera de entrar a analizar la validez de la cláusula de sumisión, en principio, habría de tomar en consideración la regulación autónoma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

---

<sup>281</sup> V. ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, "Nota a la Sentencia de la Audiencia provincial de Málaga de 21.5.1994", *REDI*, 1/1996, p. 293; PFEIFFER, T., "*Halbseitig fakultative...*", *op. cit.*, p. 17; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, *op. cit.*, p. 425. Este supuesto no es el mismo que aquél en el que no se dan los requisitos para la validez de dichas cláusulas previstos en el mismo artículo del convenio. En ese caso, lo que ocurriría sería que no podríamos tomar en consideración el acuerdo de elección de foro por ineficaz.

<sup>282</sup> Así, en el referido *Informe* respecto del supuesto en el que se hubiera pactado la competencia de un tribunal de un Estado no contratante, se dice que: "*Si las partes acuerdan resolver sus litigios a través de los tribunales de un Estado no contratante, ninguna disposición del Convenio impide a dichos tribunales que se declaren competentes, si sus respectivos ordenamientos jurídicos reconocen la validez de dicho convenio atributivo de jurisdicción*".

7. En tercer lugar, el supuesto en el que el acuerdo atribuyese competencia a los tribunales de un Estado no contratante.

8. El problema jurídico que se plantea en relación con estos tres supuestos es que la LOPJ, en su art. 22, II, regula la sumisión expresa y tácita a los tribunales españoles, pero no se refiere a los convenios atributivos de competencia a favor de los tribunales de otro Estado<sup>284</sup>. Esto es, se presenta un problema en relación con la virtualidad atribuida por el legislador autónomo a la voluntad de las partes en la derogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles a favor de la jurisdicción de otro Estado. A este respecto, nos encontramos ante una laguna legal<sup>285</sup>, que precisaría ser integrada acudiendo a los mecanismos hermenéuticos habituales. Para ello, no bastaría con afirmar una solución *de lege ferenda*<sup>286</sup>, sino que en primer lugar, habría de estudiarse si es posible afirmar la *derogatio fori* de los tribunales españoles *de lege data*.

9. No creo que la existencia de esta laguna sea del todo sorprendente, si tenemos en cuenta que las normas de competencia judicial internacional de la LOPJ, en principio, tienen por objeto determinar los supuestos en los que son competentes los órganos judiciales de la jurisdicción española. Estas normas

---

<sup>283</sup> Art. 23.4 del nuevo reglamento (v. DOCE, 16.1.2001, L12, p. 8).

<sup>284</sup> Esta *derogatio fori* sí que esta prevista en distintos textos convencionales en vigor (V. los convenios mencionados en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "The first application of the EEC Judgments Convention by the Spanish Tribunal Supremo", *IPrax*, 6/1993, nota al pie 6).

<sup>285</sup> En contra, FERNÁNDEZ ROZAS, José C./ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1999, p. 141. Para estos autores, no existiría tal laguna, sino que como mucho, podría hablarse en este caso de "laguna axiológica". La posición de estos autores, que no consideran adecuadas las ideas acogidas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10.7.1990 y 10.3.1993, en las que este Tribunal flexibilizaría su postura en cuanto a la *derogatio fori* de los tribunales españoles, ha sido calificada por GONZÁLEZ CAMPOS (en *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., UNED, 2000, p. 362) como el resultado de un "culto al positivismo legalista" y un olvido de lo previsto en el art. 1.6 del Código civil español en cuanto a que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico.

<sup>286</sup> Como hacen ALVÁREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo 20.7.1992", *REDI*, 2/1993, p. 449 y ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Comentario a la SAP Málaga...", *op. cit.*, pp. 287 ss.

responden con un sí o un no a la pregunta sobre si los tribunales españoles son competentes para conocer de un determinado litigio internacional (= normas unilaterales)<sup>287</sup>. Las normas del convenio de Bruselas de 1968 que regulan la competencia, sin embargo, distribuyen los litigios entre las jurisdicciones de los distintos Estados partes atendiendo esencialmente a un criterio de "proximidad razonable". En este sentido, responden designando los tribunales de qué Estado tendrán atribuida competencia para conocer de un determinado litigio internacional.

10. Por otra parte, tampoco sorprende que la LOPJ no se refiera a la sumisión a los tribunales de un Estado distinto del español porque, del mismo modo que ocurría en Francia<sup>288</sup>, tanto en la doctrina como sobre todo, en la jurisprudencia, existía en España una tradición jurídica que podríamos calificar como "nacionalista" o de "imperialismo jurisdiccional" en cuanto a la regulación de la competencia judicial internacional<sup>289</sup>. Esto es, contraria a cualquier limitación del ámbito de conocimiento de los tribunales españoles. La competencia de dichos tribunales se concebía como una cuestión muy vinculada con la soberanía estatal, por lo que se observaba con desconfianza la posible derogación de una tal "prerrogativa" por parte de los particulares. Conforme a lo que ha manifestado GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>290</sup>, esta concepción debería considerarse superada tras la entrada en vigor de la LOPJ de 1985 y más aún, del convenio de Bruselas de 27.9.1968<sup>291</sup>.

---

<sup>287</sup> V. AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional Privado*. UNED, 6ª ed., 1996, pp. 297 ss.

<sup>288</sup> V. *Supra* III, 2.5., §§ 49 ss.

<sup>289</sup> V. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Evolución de la admisibilidad...", *op. cit.*, p. 669.

<sup>290</sup> "The first application...", *op. cit.*, p. 427.

<sup>291</sup> Que tuvo lugar el 1.2.1991.

11. En la actualidad, no parece "serio" afirmar que la soberanía estatal pueda verse afectada porque las partes sometan las controversias en torno a una determinada relación jurídica al conocimiento de los tribunales de un Estado distinto al español<sup>292</sup>. Una actitud semejante conduciría además, a la postre, al aislamiento<sup>293</sup>.

12. Por ello, se hace "dura" la lectura de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo de fecha no muy lejana y posterior a la incorporación del sistema del convenio de Bruselas a nuestro ordenamiento jurídico. Me refiero a afirmaciones como la que puede leerse en la sentencia de 30.4.1990<sup>294</sup>: *"...cuando las partes se hayan sometido a los juzgados y tribunales españoles, sin que sea posible entender que con ello también se está habilitando una interpretación a sensu contrario, porque además de que no lo permite el precepto que sólo indica lo que dice, sobre los límites de jurisdicción o atribución de competencia no cabe aplicar un criterio extensivo marginante de la expresividad legal"*<sup>295</sup>.

13. Esto sería inadecuado desde el punto de vista de las exigencias del comercio internacional. Parece que habría que recordar al Tribunal Supremo la famosa opinión del juez C. J. BURGER en la sentencia del Tribunal Supremo de

---

<sup>292</sup> En este sentido, los profesores VIRGÓS / GARCIMARTÍN han afirmado que *"...es cierto que hay un sector de la doctrina española que rechaza esta tesis, pero sus posiciones son indefendibles desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo y contrarias a los intereses del comercio internacional desde el punto de vista de política legislativa. El ordenamiento incurriría en una contradicción valorativa insoportable si admitiese: 1) la posibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles a favor de un tribunal arbitral y 2) la posibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles a favor de un tribunal de otro Estado europeo; pero no admitiese la posibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles a favor de un tercer Estado"*, *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 218, n. marg. 317.

<sup>293</sup> IGLESIAS BUHÍGUES, Juan L. / DESANTES REAL, Manuel, "Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del convenio de Bruselas de 1968 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985", *Las relaciones de vecindad. IX Jornadas de la Asociación española de Profesores de Derecho Internacional Privado*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, p. 463.

<sup>294</sup> *Ar. Rep. Jurisp.*, 1990, n. marg. 2807.

<sup>295</sup> También en contra de la admisión de la *derogatio fori* de los tribunales españoles: sentencia del TS de 18.6.1990.

los Estados Unidos de América en el as. M/S Bremen und Unterweser Reederei, GMBH c. Zapata Off-shore Company<sup>296</sup>, en la que este Tribunal admitió por primera vez, la derogación de la competencia de los tribunales estadounidenses en virtud de la voluntad de las partes: *"The expansion of the american business and industry will hardly be encouraged if we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts"*.

14. No obstante, más recientemente, el sentido de las sentencias del Tribunal Supremo parece haber cambiado<sup>297</sup>. Lo cual debe ser acogido positivamente.

15. Dicho esto, parece claro que como mantiene la doctrina española de modo unánime<sup>298</sup>, lo más deseable hubiese sido que la derogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en virtud de la autonomía de la voluntad hubiese sido regulada expresamente por la LOPJ, teniendo en cuenta los problemas a los que esta falta de regulación ha dado lugar en la práctica. No obstante, antes de afirmar la necesidad de una reforma legislativa en la materia, debería estudiarse si existen mecanismos en nuestro ordenamiento jurídico para colmarla. Como se acaba de señalar más arriba y expondré a continuación, la respuesta a esta pregunta habría de ser afirmativa.

---

<sup>296</sup> Sentencia de 12.6.1972, *Int. Leg. Mat.*, 1972, pp. 832 ss.

<sup>297</sup> Así en la sentencia de 10.11.1993, en la que se seguiría la línea jurisprudencial marcada por la de 19.11.1990.

<sup>298</sup> V. por ejemplo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Nota a la sentencia del TS de 10.11.1993", *REDI*, 1/1994, p. 391 y "Comentario a la sentencia...", *op. cit.*, p. 447: "...lo contrario no se ajustaría a la realidad del tráfico jurídico de nuestros días ni mucho menos a las respuestas del entramado convencional que nos obliga" y p. 453; ESTEBAN DE LA ROSA, F. "Comentario a la SAP Málaga...", *op. cit.*, p. 291 (para este autor la admisión de la *derogatio fori* de los tribunales españoles sería una exigencia del tráfico jurídico).

16. Pueden alegarse varias razones para fundamentar la *derogatio fori* de los tribunales españoles por medio de pacto a pesar de la falta de regulación al respecto en el Derecho autónomo español<sup>299</sup>.

17. En primer lugar, la *analogia legis* o particular<sup>300</sup> con la regulación de las cláusulas de elección de foro en el convenio de Bruselas de 27.9.1968. En virtud de dicha analogía, se podría aplicar la regulación del convenio de Bruselas de 1968 en la medida en que la legislación autónoma no dispusiera expresamente lo contrario<sup>301</sup>. Como ha señalado RODRÍGUEZ BENOT<sup>302</sup>, "...en aras de la coherencia y de la seguridad jurídica (art. 9 CE) no resulta de recibo sostener pareceres legales diversos acerca de supuestos fácticos similares".

18. En segundo lugar, la *analogia iuris* o general<sup>303</sup>: si el art. 22. 2 LOPJ concede efectos a la sumisión a los tribunales españoles, asimismo debería otorgarse validez a la prorrogación de la competencia de los tribunales de otro Estado<sup>304</sup> (= "bilateralización" del art. 22.2 LOPJ). El fundamento de esta analogía sería el principio de igualdad: el legislador no ha previsto una solución para los supuestos en los que las partes hayan excluido la competencia de los tribunales

---

<sup>299</sup> He tomado como base para la elaboración de esta parte del trabajo las razones defendidas por dos autores: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. en "Las cláusulas de elección...", *op. cit.*, pp. 108 ss y RODRÍGUEZ BENOT, A., en *Los acuerdos atributivos de competencia...*, *op. cit.*, pp. 93 ss. y en "España en el espacio judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?", *REDI*, 2/1994, pp. 587 ss.

<sup>300</sup> V. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 376 y LARENZ, K. / CANARIS, C. W., *Methodenlehre der...*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>301</sup> V. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Las cláusulas de elección de foro...", *op. cit.*, p. 109.

<sup>302</sup> "España en el espacio...", *op. cit.*, pp. 625.

<sup>303</sup> V. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia...*, *op. cit.*, p. 376. Según este autor, la analogía del Derecho se diferenciaría de la legal porque en ella se extraería un principio jurídico para supuestos de hecho no regulados de varias disposiciones legales que prevén una misma consecuencia jurídica.

<sup>304</sup> V. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Las cláusulas de elección de foro...", *op. cit.*, pp. 109 y 110; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, *op. cit.*, p.95 y "España en el espacio...", *op. cit.*, pp. 599 y 601. En contra: STS 30.4.1990, *cit.*

españoles, pero presuponemos que habría de dar el mismo trato a casos análogos. La virtualidad de la autonomía privada para fundar la competencia judicial internacional se convertiría en un principio en el sistema de normas de competencia judicial internacional.

19. En tercer lugar, la analogía con la solución prevista por el legislador español para los procedimientos de arbitraje internacional<sup>305</sup>. Este argumento parece bastante convincente<sup>306</sup>: si admitimos que una instancia no estatal pueda resolver litigios internacionales y reconocemos los efectos de los laudos arbitrales en España, igualmente deberíamos admitir que la jurisdicción de otro Estado conozca de un asunto sobre la base de un pacto de las partes en ese sentido. Según ARENAS GARCÍA<sup>307</sup>, *"Los objetivos de seguridad jurídica, búsqueda de un juez neutral o adecuación de la resolución del conflicto a los intereses de las partes que se encuentran en el arbitraje, se hayan igualmente en la sumisión de las partes ante tribunales extranjeros...Las diferencias que se pueden apreciar entre ambos institutos, fundamentalmente en lo que se refiere al régimen jurídico de reconocimiento de la sentencia extranjera y el laudo arbitral, no justifican un tratamiento diferente de la cláusula compromisoria y del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros en lo que se refiere a sus efectos procesales"*. Es decir, la analogía entre ambas figuras se apoya esencialmente, en la identidad de ambas en cuanto a sus efectos<sup>308</sup>. Este sería uno de los argumentos posibles para

---

<sup>305</sup> V. AMORES CONRADI, Miguel A., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 de julio de 1988", *REDI*, 1/1989, p. 289; ARENAS GARCÍA, Rafael, "Comentario a la SAP Barcelona de 15.2.1994", *REDI*, 1/1995, p. 214; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Las cláusulas de elección...", *op. cit.*, p. 110; RODRÍGUEZ BENOT, A., Los acuerdos atributivos..., *op. cit.*, p. 96 y VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>306</sup> En contra, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. / SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>307</sup> V. "Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona 15.2.1994", *REDI*, 1995, p. 214.

<sup>308</sup> Lo mismo en SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 163, n. marg. 434.



solucionar el problema planteado y no una mera "solución de compromiso", como pretendía algún autor<sup>309</sup>.

20. En cuarto lugar, un argumento relacionado con el propio sistema de normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial: salvo los foros de competencia exclusiva del art. 22.1, el resto de los previstos en esta Ley operan como criterios de atribución de competencia judicial internacional facultativos<sup>310</sup> (= foros no exclusivos)<sup>311</sup>. Es decir, no existiría ningún obstáculo para que fuesen derogados en virtud de la autonomía de la voluntad.

21. Finalmente, podríamos aducir un argumento de carácter histórico: la regulación que se tomó como modelo a la hora de reformar el régimen de la competencia judicial internacional vigente hasta entonces en España (es decir, el modelo de la LOPJ) es la del convenio de Bruselas de 27.9.1968<sup>312</sup>. Esta Ley habría de suponer entonces, una ruptura con los presupuestos dogmáticos del anterior sistema de competencia judicial internacional<sup>313</sup>, no sólo porque se inspire en el citado convenio, sino también porque ha de adaptarse a los principios constitucionales entre los que destacaría el de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Como han afirmado IGLESIAS BUHÍGUES Y DESANTES REAL<sup>314</sup>, "*Los presupuestos en los que la jurisprudencia ha fundamentado, a lo largo de un siglo, el sistema español de competencia judicial internacional – plenitud jurisdiccional de nuestros tribunales, actitud negativa frente a la derogatio fori y frente a la*

---

<sup>309</sup> V. ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Comentario a la SAP Málaga...", *op. cit.*, p. 291.

<sup>310</sup> Sobre el carácter facultativo o concurrente de dichos foros v. AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 302.

<sup>311</sup> V. RODRÍGUEZ BENOT, A., "España en el espacio...", *op. cit.*, p. 601.

<sup>312</sup> V. IGLESIAS BUHIGUES / DESANTES REAL, "Extensión y límites de la jurisdicción española...", *op. cit.*, pp. 454 y 463.

<sup>313</sup> V. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Evolución de la admisibilidad...", *op. cit.*, pp. 673 y 674; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos...*, *op. cit.*, p. 93 y "España en el espacio judicial...", pp. 590 y 601.

<sup>314</sup> V. "Extensión y límites...", *op. cit.*, p. 454.

*excepción de litispendencia internacional, fiscalización a instancia de parte, etc – deben ser...completamente revisados a la luz de los nuevos postulados constitucionales”.*

22. La solución favorable a la admisibilidad de la *derogatio fori* de los tribunales españoles también le parecería la más adecuada a GONZÁLEZ CAMPOS, quien acertadamente, ha señalado que en el sistema de la Ley Orgánica Poder Judicial, cabe tanto la sumisión tácita como la sumisión expresa en relación a un litigio internacional a los tribunales de un Estado que no sea España, incluso cuando fuesen competentes los tribunales españoles para conocer del mismo. Para este autor, la regulación en la LOPJ de la sumisión a un Tribunal español es un aspecto parcial de una afirmación más general: la favorable a la virtualidad de la voluntad de las partes para atribuir competencia judicial internacional mediante acuerdos de elección de foro<sup>315</sup>.

23. Una vez afirmado que en el sistema de normas sobre la competencia judicial internacional español tanto convencional como autónomo, sería posible la prorrogación de la competencia de los tribunales españoles, así como la de los órganos jurisdiccionales de un Estado distinto, debemos formular la solución para el problema específico planteado al respecto: los efectos de las cláusulas de elección de foro sobre la compensación de créditos en el ámbito del Derecho autónomo. Esta cuestión tampoco aparece regulada en la LOPJ.

24. Con carácter general, haciendo uso del recurso a la analogía, existirían teóricamente, dos posibilidades para solucionar las lagunas de la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por un lado, se podría acudir a la regulación de la sumisión expresa en la legislación de carácter meramente interno<sup>316</sup>. Esto es, a lo

---

<sup>315</sup> AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

<sup>316</sup> A favor de esta solución: RODRÍGUEZ BENOT, A., “España en el espacio...”, *op. cit.*, p. 598; también parece ser lo defendido por AMORES CONRADI, M. A., en “La nueva estructura...”, p. 136, pero hay que tener en cuenta que este trabajo es anterior a la entrada en vigor del convenio

previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, podría aplicarse *analógicamente* la regulación prevista en el convenio de Bruselas de 27.9.1968.

25. En mi opinión, acudir al régimen convencional del art. 17 del convenio de Bruselas con el fin de colmar la laguna que presenta la regulación autónoma española respecto de la derogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en virtud de la autonomía de la voluntad, sería la solución más adecuada. La principal razón para ello sería que la regulación convencional formaría parte de nuestro ordenamiento jurídico del mismo modo que la de la LEC, pero se diferenciaría de ella en el objeto: está llamada a regular litigios internacionales y no litigios meramente internos. Como ha señalado la doctrina en más de una ocasión, la regulación de la LEC puede servir para completar las normas de Derecho procesal civil internacional, pero los supuestos que ambas pretenden regular difieren en cuanto a los riesgos e intereses en juego<sup>317</sup>. La primera es en principio, ajena al "riesgo de internacionalidad". Sólo para los aspectos que no aparezcan regulados convencionalmente habremos de acudir a las normas sobre la autocomposición de los litigios de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

26. Es preferible extrapolar la solución propuesta para los casos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 1968 a aquellos que quedarían fuera de él.

---

de Bruselas de 1968. Por otra parte, en este mismo trabajo, el mismo autor ha señalado que no pueden transponerse "sin más" las soluciones para los supuestos meramente internos a los de carácter internacional en la medida en ambos casos se trata de regular situaciones "cualitativamente distintas".

<sup>317</sup> V. FERNÁNDEZ ROZAS, José C. / SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 268.

Como ya ha señalado algún autor<sup>318</sup>, el convenio de Bruselas *"se integra"* en el Derecho procesal de cada Estado. Lo cual implicaría al menos, dos consecuencias.

27. En primer lugar, que en cuanto a las cuestiones no reguladas directamente por el convenio, cuando estemos aplicando el Derecho procesal civil internacional autónomo, *"cuando el núcleo de un problema esté uniformado, i. e., regulado por el convenio de Bruselas, el Derecho procesal nacional debe orientarse hacia el convencional"*<sup>319</sup>.

28. En segundo lugar, que en virtud del *principio de igualdad* este convenio podría aplicarse más allá de su propio ámbito de aplicación, ya que *"Para mantener la unidad del sistema jurídico, la regulación del convenio de Bruselas y la regulación que se establezca por el legislador nacional fuera del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas deben ser valorativamente coherentes"*<sup>320</sup>.

29. En conclusión, de lo afirmado hasta ahora se deduciría que tanto los supuestos a los que resulta directamente aplicable el tenor del literal art. 17 CB, como aquellos a los que se aplicaría el Derecho internacional privado autónomo español, habrían de resolverse del mismo modo (= deberían considerarse supuestos valorativamente "iguales") en cuanto al problema de los efectos de una cláusula de elección de foro que afecta al contracrédito sobre el ejercicio de la compensación internacional ante un tribunal distinto al designado. Esto es, en principio, habríamos de atender a las circunstancias del caso concreto con el fin de averiguar si la voluntad de las partes ha sido que tan sólo los tribunales designados en dicha cláusulas conozcan del contracrédito con independencia de

---

<sup>318</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. "El convenio de Bruselas y las propuestas...", *op. cit.*, pp. 85 ss.

<sup>319</sup> *Ib. id.*, p. 85.

<sup>320</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. "El convenio de Bruselas y las propuestas...", *op. cit.*, p. 86.

que éste se haga valer mediante demanda o por medio de la excepción de compensación. Análisis que se verá facilitado en gran medida si las partes han hecho referencia expresa a la compensación de créditos en el acuerdo de elección de foro.

En caso de duda, presumiremos la inadmisibilidad de la compensación de la existencia de una cláusula de sumisión aplicable al contracrédito.

### **3. LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

*"Si el juzgamiento de los litigios, en general, tiene importancia colectiva, y por consiguiente, carácter público, la mayoría de las controversias sólo afecta a los individuos entre los cuales se producen. En cada caso particular en que esto ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos y someterlos a jueces que les merezcan amplia confianza. Y si en el hecho los dos litigantes así lo hacen y, en ejercicio de su voluntad de contratar, acuerdan someter la controversia que les divide al fallo de un individuo cualquiera por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el poder público desconozca la ley de este contrato. Toda persona tiene derecho de ser juzgada por un tribunal que goce de su confianza. La jurisdicción no importa una facultad a favor del Estado para resolver todos los litigios, sino que constituye una función establecida en utilidad social, que debe desempeñarse de oficio cuando un interés público está comprometido, pero, que en los demás casos sólo puede ejercitarse a petición de parte".*

AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, ed. jurídica de Chile, Colección Estudios Jurídicos y Sociales, Santiago, 1958, p. 22.

#### **3.1. Introducción: la sumisión de controversias a arbitraje internacional (su fundamento)**

1. Un arbitraje es internacional cuando la materia objeto del mismo o el procedimiento en sí tienen conexiones con diferentes Estados<sup>321</sup>. Algunos autores

---

<sup>321</sup> V. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, 1ª ed., n. marg. 28 y 224.

consideran superflua la determinación de los criterios concretos conforme a los cuales pueda afirmarse que un procedimiento de arbitraje es "internacional"<sup>322</sup>. No obstante, a la hora de elaborar las normas jurídicas que han de regular esta materia se ha hecho necesario proponer criterios con el fin de facilitar la distinción del arbitraje internacional del meramente interno. Así, por ejemplo, puede atenderse a la internacionalidad de la materia (este es el caso del art. 1492 Nouveau Code de Procédure Civile francés), a la diferente nacionalidad o residencia de las partes (este último es el criterio adoptado por el convenio europeo de 1961<sup>323</sup>) o bien puede adoptarse un criterio doble como lo hace la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 que recoge además el acuerdo de las partes en cuanto a que la materia afecte a diferentes Estados como elemento determinante<sup>324</sup>.

2. En España, se ha señalado la existencia de dos etapas en cuanto al tratamiento del arbitraje internacional en la práctica. El punto de inflexión vendría marcado por un Auto del Tribunal Supremo de 11.2.1981<sup>325</sup>. A partir de dicho Auto, los convenios internacionales en materia arbitral habrían dejado de ser "letra muerta" para empezar a ser aplicados por los tribunales españoles.

No obstante, aunque este cambio supuso un progreso importante, el Tribunal Supremo no llegó, en él, a distinguir entre arbitraje interno e internacional. Esto a pesar de que España ya era parte de varios convenios bilaterales<sup>326</sup>, así como del

---

<sup>322</sup> V. LALIVE, Pierre A., *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, R. des C., 1967 - I, p. 581.

<sup>323</sup> V. Art. I. 1.

<sup>324</sup> V. LAZIC, Vesna, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer / TMC Asser Instituut, 1998, p. 10.

<sup>325</sup> V. CREMADES, Bernardo M., "Évolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1988, p. 225.

<sup>326</sup> Convenios bilaterales suscritos por España en relación al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales: con Suiza (1986), con Francia (1969), con Italia (1973), con Checoslovaquia (1987), con Brasil (1989), con México (1989), con China (1992) y con Bulgaria (1993).

convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales de 10.6.1958<sup>327</sup> (CNY) y del convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 21.4.1961<sup>328</sup> (CG).

3. El Estado español ratificó en primer lugar el convenio europeo y posteriormente el convenio de Nueva York de 1958, a pesar de que, por ser el primero de fecha posterior al segundo, parecería más lógico que se hubiese ratificado antes el de Nueva York. No obstante, en la práctica, el carácter de *lex posterior* del convenio de 1958 en relación al primero perdería relevancia, puesto que no se van a producir colisiones entre ambos convenios de forma habitual<sup>329</sup>. En efecto, el convenio de Ginebra de 1961 constituye un complemento del convenio de Nueva York de 1958<sup>330</sup>. Mientras este último regula el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales "extranjeros"<sup>331</sup>, el primero se centra en aspectos

---

<sup>327</sup> Ratificado por el Estado español en 1977. Según la doctrina mayoritaria, por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal de este convenio, puede mantenerse que su eficacia es retroactiva. Es decir, se aplicará a procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, incluso cuando éstos se funden en convenios arbitrales anteriores a dicha fecha. El argumento clave a favor de esta postura es que durante la elaboración del convenio de Nueva York de 1958 se rechazaron las propuestas de algunos Estados (Yugoslavia, Italia y Turquía) en cuanto a que su aplicación se limitase a los laudos dictados con posterioridad a su entrada en vigor (V. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1982, p. 223; FERNÁNDEZ ROZAS, José C., "La primacía de los Tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras", *RCEA*, 1991, p. 27; REMIRO BROTONS, Antonio, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios arbitrales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, p. 221).

<sup>328</sup> Ratificado por España en 1975.

<sup>329</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1737, n. marg. 2315.

<sup>330</sup> V. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 17.

<sup>331</sup> En cuanto a qué laudos arbitrales han de considerarse "extranjeros" el convenio contiene un criterio más completo que el meramente territorial (art. I. 1 CNY). Por un lado, se consideran decisiones extranjeras las que hayan sido dictadas en el territorio de otro Estado. Pero, también lo serían aquellas resoluciones arbitrales que no se consideren nacionales en el Estado requerido (postura mixta). De este modo, también podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución los laudos dictados en ese mismo Estado conforme a la ley de otro Estado si no se consideran nacionales de acuerdo con la *lex fori* (V. CALVO CARAVACA, Alfonso L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 36; FERNÁNDEZ ROZAS, Jose C., "La primacía de los Tratados...", op. cit., pp. 20 y 28). Esta es una alternativa "avanzada", si tenemos en cuenta que el criterio tradicional para determinar la nacionalidad de los laudos a los

de organización y desarrollo del procedimiento<sup>332</sup>. El convenio europeo se concluyó con la voluntad de que sus normas se aplicasen conjuntamente con las del convenio de 1958. De tal manera que, ambos constituirían un "sistema"<sup>333</sup>.

Una salvedad a este respecto, la constituiría el hecho de que el convenio de Ginebra se restringe al ámbito del comercio internacional y el convenio de Nueva York, en el caso de España, no<sup>334</sup>.

4. El otro hito, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, vendría marcado por la entrada en vigor de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Esta norma deroga la anterior Ley de Arbitraje Privado de 1953, que llegó a ser calificada por algún autor como "*Ley anti-arbitraje*"<sup>335</sup>.

5. La ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros aparece regulada en el Título IX de la Ley 36/1988 (arts. 56 ss.). Dicha regulación toma como base el convenio de Nueva York de 1958, así como la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Su contenido ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina.

---

efectos de la aplicación de los convenios internacionales era un criterio geográfico o territorial atemperado por el juego de la reciprocidad (REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., pp. 47 ss.).

<sup>332</sup> El convenio de Ginebra de 1961 no es un convenio de reconocimiento y ejecución de decisiones (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "*La primacía...*", op. cit., p. 21; VIRGÓS SORIANO, M., "*Nota a los Autos...*", op. cit., p. 219).

<sup>333</sup> MEZGER, Ernst, "*Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit*", *RebelsZ*, 1965, p. 233; VIRGÓS SORIANO, M., "*Nota a los autos...*", op. cit., pp. 212 y 220. Como señala este último autor, las normas del convenio de Ginebra de 1961 sólo modifican las del convenio de Nueva York en algunos aspectos. Por ejemplo, el de los requisitos formales del convenio arbitral.

<sup>334</sup> En efecto, España no ha hecho uso de la posible reserva a la que se refiere el art. I. 3, *in fine* CNY. Este precepto permite limitar la aplicación del convenio a "*los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno*". En el caso del CG1961, la doctrina prefiere una interpretación autónoma de la noción "comercio internacional" (V. MOLLER, Hans, "*Schiedsverfahrensnovelle und Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2/2000, p. 58).

<sup>335</sup> V. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 21.



6. La principal objeción proviene del hecho de que cuando se elaboró esta norma, España ya era parte del Convenio de Nueva York. Al tratarse de un convenio *erga omnes*<sup>336</sup>, la regulación de la Ley 36/1988 sería claramente superflua<sup>337</sup>. Según MARÍN LÓPEZ<sup>338</sup>, lo más conveniente hubiese sido que la Ley se hubiera remitido a lo dispuesto en el convenio de Nueva York de 1958 por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Otros autores afirman que tanto una incorporación por referencia<sup>339</sup>, como un silencio total al respecto dada la vigencia del convenio, hubieran sido la técnica más adecuada en relación a esta cuestión. También pudo haberse incorporado el régimen de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985<sup>340</sup>.

<sup>336</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit. , p. 219, n. marg. 320. De acuerdo con el artículo I.1 CNY: "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales y jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución". El convenio permite efectuar una reserva en virtud de la cual éste se aplique en condiciones de reciprocidad (art. I. 3 CNY). España no la ha realizado. El convenio de Ginebra de 1961, sin embargo, opera en función del lugar del domicilio, la residencia habitual o la sede de las partes (art. I. 1 CG1961: "El presente convenio se aplicará: (a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje, que para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubiesen sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes; (b) a los procedimientos y laudos arbitrales basados en los acuerdos o compromisos a que se alude más arriba". Sería un error por tanto, entender que el criterio relevante para la aplicación de este convenio es la nacionalidad de las partes (como parece deducirse del ejemplo propuesto por ARTUCH IRIBERRI, Elena en *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 77). Sin embargo, lo mismo aparece correctamente expuesto en el trabajo de la misma autora "El recurso de anulación del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10.12.1991)", *RCEA*, 1992, p. 121).

<sup>337</sup> V. ARTUCH IRIBERRI, E. , *El convenio arbitral...*, op. cit. , p. 37.

<sup>338</sup> "La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: La Ley 36/1988, de 5 de diciembre", *La Ley*, 2/1989, p. 1028.

<sup>339</sup> En concreto, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. se refiere a la posible inclusión de un precepto del siguiente tenor: "el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras se regirá por el convenio de Nueva York de 10.6.1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras". ("La prioridad de los Tratados...", op. cit. , p. 15).

<sup>340</sup> *Ib. id.* , pp. 17 ss.

7. Mediante la conclusión de un convenio arbitral, las partes se comprometen a someter sus controversias presentes o futuras al conocimiento de uno o varios particulares que emitirán al respecto una decisión obligatoria<sup>341</sup>, con eficacia de cosa juzgada<sup>342</sup>, susceptible de reconocimiento y ejecución por la órganos de la jurisdicción estatal<sup>343</sup>. La tendencia actual consiste en limitar las vías de recurso de las decisiones arbitrales<sup>344</sup>. Por ello, las posibilidades de impugnación suelen reducirse al recurso de anulación<sup>345</sup>.

8. El fundamento de este instrumento de solución de conflictos sería, por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes<sup>346</sup>. En palabras de GONZÁLEZ CAMPOS, sobre la base de lo afirmado por la jurisprudencia española, "*la voluntad de las partes es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral*"<sup>347</sup>. Ya

---

<sup>341</sup> El carácter *vinculante* para las partes de la decisión arbitral es precisamente lo que diferencia al arbitraje de otros mecanismos informales de resolución de disputas, como la mediación, la conciliación o la llamada ADR (*Alternative Dispute Resolution*) (V. ARTUCH IRIBERRI, Elena, en AA. VV. (FERNÁNDEZ ROZAS...), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 473).

<sup>342</sup> V. ARTUCH IRIBERRI, Elena, *Derecho del comercio...*, op. cit., p. 473.

<sup>343</sup> V. CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial...*, op. cit., p. 19.

<sup>344</sup> V. BERGER, Klaus Peter, "*Die Regelung der gerichtlichen Anfechtbarkeit internationaler Schiedssprüche in europäischen Schiedsgerichtsgesetzen*", *RIW*, 1989, p. 856; GIARDINA, Andrea, "*L'arbitrato internazionale*", *Riv. dell'Arb.*, 1992, p. 40; NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602.

<sup>345</sup> BROCHES, Aron, "*Recourse against the Award; Recognition and Enforcement of the Award*", *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Pieter Sanders ed., Kluwer, Deventer, 1984, p. 209; LIONNET, Klaus, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Boorberg, Stuttgart / Munich / Hannover / Berlin / Weimar / Dresde, 1996, p. 50.

<sup>346</sup> "...l'essence de l'institution est la même: fondée sur un accord, elle tend à obtenir le règlement d'un litige par une décision émanant d'une ou plusieurs personnes choisies par les parties..." (LALIVE, P. A., *Problèmes relatifs...*, op. cit., p. 583). V. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Europa-Institut Universität des Saarlandes, 1997, p. 7; ARTUCH IRIBERRI, E., *Derecho del comercio...*, op. cit., p. 471.

<sup>347</sup> "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional Privado español", *ADI*, nº II, 1975, p. 7.

tuvo ocasión de señalar Miguel de ANGULO<sup>348</sup> que: "La noción de arbitraje hace referencia...a un sistema de reglamentación de las controversias jurídicas fundamentado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contendientes".

La voluntariedad es pues, esencial al arbitraje<sup>349</sup>. El propio Tribunal Constitucional así lo ha señalado en su sentencia 50/1990<sup>350</sup> ( "...el acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión (de árbitros) es inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral").

9. La competencia del árbitro se legitima por tanto, sobre la base del convenio arbitral<sup>351</sup>. De ahí el carácter flexible e informal del arbitraje, que ha dado lugar a una amplia aceptación del mismo en el ámbito del comercio internacional<sup>352</sup>.

10. Otras ventajas del arbitraje internacional son, en primer lugar, que las partes pueden fijar libremente tanto la sede del procedimiento<sup>353</sup>, como las personas a las que se atribuye el papel de árbitros<sup>354</sup>. Por otro, el arbitraje permite mayor flexibilidad que un procedimiento judicial, en cuanto a las posibilidades de elección

---

<sup>348</sup> Derecho Procesal..., op. cit. , p. 101.

<sup>349</sup> ROCA MARTÍNEZ, José M. , *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 30. Esto a pesar de la existencia de la figura del arbitraje forzoso.

<sup>350</sup> *La Ley*, 4/1990, pp. 25 ss.

<sup>351</sup> RÜEDE, Thomas / HADENFELDT, Reimer, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2ª ed. , Schulthess, Zurich, 1993, p. 230.

<sup>352</sup> V. CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. , *El arbitraje comercial...*, op. cit. , p. 39; BORN, Gary, *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer, Deventer, 1994, p. 2.

<sup>353</sup> V. LIONNET, K. , *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 48.

<sup>354</sup> Esta ventaja la destaca LEHMKUHL en *Comercial Arbitration...*, op. cit. , p. 5.

de la ley aplicable<sup>355</sup> al procedimiento, al convenio arbitral y a la resolución de la cuestión litigiosa<sup>356</sup>.

11. Frente a la jurisdicción estatal, el arbitraje permite a las partes diseñar un procedimiento "a la medida"<sup>357</sup>. Pueden elegir a las personas encargadas de dar una solución definitiva a sus controversias. Esto permite lo que René DAVID denomina la "*personnalisation du juge*"<sup>358</sup>. Es decir, la designación de sujetos de su confianza<sup>359</sup> y de expertos en la materia objeto del arbitraje<sup>360</sup>, que en ocasiones puede requerir un conocimiento específico y técnico<sup>361</sup>. El Juez estatal

---

<sup>355</sup> El procedimiento arbitral puede desarrollarse de una manera flexible, sin remitirse, incluso, a ordenamiento nacional alguno (V. NAGEL, H. / GOTTWALD, P. *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602. V. LAZIC, Vesna, *Insolvency Proceedings...*, op. cit., p. 6.

<sup>356</sup> La ley aplicable a la capacidad de las partes es la única que no podrá ser objeto de elección (Esto con la excepción de la incorporación de las personas jurídicas a un determinado Derecho, si seguimos la teoría de la constitución (v. AA. VV. (HUNTER...), *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Kluwer, Deventer / Boston, 1993, p. 31 y AA. VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, p. 560) y será comúnmente la ley personal de cada una de las partes.

<sup>357</sup> BÖSCH, Axel, *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*, De Gruyter, Berlín/ Nueva York, 1994, p. 3.

<sup>358</sup> V. EISEMAN, F., "Le phénomène de l'arbitrage, son utilité, ses avantages, et son rôle", *Rev. dr. int. pr. comp.*, 1976, p. 107. En el mismo sentido, en AA. VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial...*, op. cit., p. 15, puede leerse: "The freedom to choose the tribunal is an important advantage that arbitration has over litigation. The parties can take into account the personality, professional qualifications, experience, availability and cost of possible arbitrators before committing themselves".

<sup>359</sup> V. LACHMANN, Jens-Peter, "Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Wirtschaft", *AnwBl*, 1999, p. 245; LIONNET, Klaus, *Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 47.

<sup>360</sup> V. AA. VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial...*, op. cit., p. 4; LALIVE, P. A., *Problèmes relatifs...*, op. cit., p. 575; KNOF, Manfred, *Tatsachenfeststellung in Streitigkeiten des internationalen Wirtschaftsverkehrs*, Carl Heymanns Verlag, Colonia / Berlín / Bonn / Munich, 1995, p. 1; NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationale Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 602; AA. VV. (RAESCHKE-KESSLER...), *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 2ª ed., Verlag Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, Colonia, 1995, p. 2; SANDERS, Pieter, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, *R. des C.*, 1975 - II, p. 215; SCHÜTZE, Rolf A., *Rechtsverfolgung im Ausland: Prozeßführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten*, 2ª ed., *Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 1998, p. 200, n. marg. 304.

<sup>361</sup> V. BÖCKSTIEGEL, K.-H., *Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 5; LEHMKUHL, D., *Commercial Arbitration...*, op. cit., p. 5.

puede carecer de una formación adecuada para ello<sup>362</sup>. Esto redundaría en una mayor calidad y en un aumento del grado de acierto de la decisión.

12. A parte de que los laudos arbitrales suelen ser objeto de ejecución "espontánea"<sup>363</sup>, la principal ventaja del arbitraje consiste en facilitar el reconocimiento y ejecución de las decisiones<sup>364</sup>. Los convenios de reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales tienen un ámbito de aplicación muy amplio<sup>365</sup>; más extenso que ninguno de los convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras existentes. Así, por ejemplo, el convenio de Nueva York 1958 es un convenio multilateral que funciona generalmente como universal y del que ya son parte alrededor de un centenar de Estados<sup>366</sup>. Este convenio prevé un régimen de reconocimiento y ejecución bastante favorable<sup>367</sup>. Regula unos pocos motivos tasados<sup>368</sup> de denegación de la ejecución en su art. V.

---

<sup>362</sup> AA. VV., *The Freshfields Guide to Arbitration...*, op. cit., p. 1; KARRER, Pierre A., "Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten. Von falschen und wahren Freunden", *Festschrift für Otto Sandrock*, Verlag und Wirtschaft, Heidelberg, 2000, p. 467.

<sup>363</sup> REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 13.

<sup>364</sup> V. AA. VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial...*, op. cit., p. 17; AA. VV., *The Freshfields Guide...*, op. cit., p. 2; BÖCKSTIEGEL, K. H., *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 7; BÖSCH, A., *Provisional Remedies...*, op. cit., p. 3; CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial...*, op. cit., pp. 40 ss; HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1727, n. marg. 2296; LALIVE, P. A., *Problèmes relatifs...*, op. cit., p. 575; LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 47; NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602, n. marg. 3; MATSCHER, Franz, "Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht", *Juristische Blätter*, 1975, p. 412; AA. VV. (RAESCHKE-KESSLER...), *Recht und Praxis...*, op. cit., p. 11; SANDERS, Pieter, "International Commercial Arbitration – How to Improve its Functioning", *Arb. Int.*, 1980, p. 9.

<sup>365</sup> HULEATT-JAMES, Mark/ GOULD, Nicholas, *International Commercial Arbitration*, LLP, Londres / Nueva York/ Hong Kong, 1996, pp. 8 y 9.

<sup>366</sup> Datos en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht...*, op. cit., p. 1734, n. marg. 2309 y NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 623, n. marg. 104.

<sup>367</sup> AA. VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial...*, op. cit., p. 5.

<sup>368</sup> Las causas de denegación del reconocimiento y ejecución tienen carácter exhaustivo y el Juez no podrá entrar a analizar el fondo del laudo arbitral (BERG, Albert van den, *The New York Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* - , Kluwer, La Haya, reimpr. 1994, p. 265).

En aplicación de este convenio, sólo cabría rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral por:

- (a) Falta de validez del convenio arbitral. En particular, por incapacidad de alguna de las partes en el momento de contraerlo<sup>369</sup>.
- (b) Falta de una tutela adecuada de los derechos de defensa de una de las partes<sup>370</sup>.
- (c) Incógruencia del laudo (*extra o ultra petita*). Si la decisión arbitral se ha excedido de los términos del convenio arbitral, y pueden separarse las cuestiones sometidas a arbitraje de las que no lo estaban, cabe un *reconocimiento o ejecución parcial*.
- (d) Desacuerdos entre el modo en que se ha llevado a cabo la formación del tribunal arbitral y lo dispuesto por las partes o por ley aplicable al fondo del procedimiento arbitral en defecto de acuerdo de las partes a este respecto.
- (e) Anulación o suspensión del laudo por un autoridad competente del Estado en que éste ha sido dictado o conforme a cuya Ley ha sido dictado.

---

<sup>369</sup> La determinación de la ley aplicable a la capacidad dependerá del Derecho Internacional Privado del foro ante el que se inste el reconocimiento (CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial...*, op. cit., p. 59). Hay Estados que resuelven esta cuestión conforme a la *lex causae*, mientras que otros prefieren la aplicación de la ley personal de cada una de las partes.

<sup>370</sup> Según el art. V. 1 b) del CNY esta causa de denegación concurre cuando: "...la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa".

12. Todas estas causas de denegación del reconocimiento operan además, a instancia parte<sup>371</sup>. *Ex officio*, sólo cabe rechazar el reconocimiento / ejecución por dos motivos (art. V, 2 CNY): inarbitrabilidad de la controversia o contrariedad con el orden público del Estado requerido (= conforme a la *lex fori*).

13. Tan sólo podría afirmarse que el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales del convenio de Bruselas de 1968 competiría con el del convenio de Nueva York de 1958<sup>372</sup>. Sin embargo, el ámbito de aplicación del primero es más restringido. No se entiende por qué recientemente se ha alzado alguna voz que, a la luz de la exclusión de la materia arbitral del convenio de Bruselas de 1968, defendería la necesidad de celebrar un convenio de ámbito regional sobre arbitraje cuando existen otros instrumentos convencionales (especialmente, el convenio de Nueva York de 1958 y el convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional) cuyo ámbito de aplicación es más amplio y que funcionan adecuadamente<sup>373</sup>. Es más, la principal razón que se adujo a favor de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del convenio de Bruselas de 1968 fue la existencia una red de convenios internacionales que daban una cobertura suficiente a esta cuestión<sup>374</sup>.

14. Otro aspecto positivo del arbitraje frente a los procedimientos judiciales destacable es la confidencialidad<sup>375</sup>. Los laudos arbitrales no son con carácter

---

<sup>371</sup> El convenio de Nueva York de 1958 partiría de la presunción de corrección de la decisión, correspondiendo la carga probatoria al interesado en evitar su reconocimiento y ejecución (REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 82).

<sup>372</sup> HULEATT-JAMES, M. / GOULD, N., *International Commercial...*, op. cit., p. 9.

<sup>373</sup> Me refiero a las teorías de GÓMEZ JENE, Miguel en *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000.

<sup>374</sup> ARTUCH IRIBERRI, E., *Derecho del comercio...*, op. cit., p. 499.

<sup>375</sup> V. AA. VV., *The Freshfields Guide...*, op. cit., p. 2 y AA. VV. (PAULSSON...), *The Freshfields Guide to Commercial Arbitration and ADR*, Kluwer, La Haya, 1999, p. 82; BÖSCH, A., *Provisional Remedies...*, op. cit., p. 3; HANOTIAV, Bernard, "La pratique de l'arbitrage international en matière bancaire", *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Bruselas, 1995, p.70 y 72; HULEATT-JAMES, M. / GOULD, N., *International Comercial...*, op. cit., p. 9; LALIVE, P. A., *Problèmes relatifs à l'arbitrage...*, op. cit., p. 573; LIONNET, K., *Handbuch der*

general, objeto de publicación<sup>376</sup>. Esto permite a las empresas resolver sus diferencias sin ningún tipo de publicidad. Así, pueden utilizar el arbitraje para no dañar su prestigio en el mercado o para resolver "amistosamente" las controversias con la contraparte en supuestos en los que las relaciones comerciales entre ambas continuarán o se pretende que continúen a pesar del procedimiento en curso<sup>377</sup>. No en vano, se ha calificado al arbitraje de "justicia dulce"<sup>378</sup> o se ha hablado de la "desdramatización del conflicto"<sup>379</sup> que éste facilita. La falta de publicidad también posibilita la protección de los secretos comerciales<sup>380</sup>.

15. Por otro lado, las partes pueden pactar en el convenio arbitral el idioma del procedimiento que mejor se ajuste a sus intereses<sup>381</sup>. Esto puede reducir costes en la medida en que se consiga evitar la necesidad de traducir un gran número de

---

*internationalen...*, op. cit. , p. 48; SANDERS, P. , *Trends in the field ...*, op. cit. , p. 216; SHORE, Laurence, "The advantages of Arbitration for Banking Institutions", *JIBL*, Nov. 1999, p. 347.

<sup>376</sup> V. NAGEL, H. / GOTTWALD, P. , *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit. , p. 602. Salvo los que se desarrollan en la Cámara de Comercio Internacional, en los Países Bajos y en algunos Países del Este.

<sup>377</sup> En este sentido, BÖSCH ha señalado: "...Further, arbitral proceedings sometimes can lead to effective settlement negotiations. In arbitral proceedings there is often less friction between the parties and the tendency is to maintain, and to want to maintain the business relationship" ( *Provisional Remedies...*, op. cit. , p. 3).

<sup>378</sup> HANOTIAV, B. , "La pratique de l'arbitrage...", op. cit. , p. 94; KEUTGEN, Euy, "Conclusions Générales", *Les modes non-judiciaires...*, op. cit. , p. 153.

<sup>379</sup> AA.VV. (MOUSSERON) , *Droit du commerce international. (Droit international de l'entreprise)*, 10ª ed. , Litec, París, p. 149: "...dédramatisation du litige entre opérateurs souvent appelés à collaborer par la suite".

<sup>380</sup> V. LEHMKUHL, D. , *Commercial Arbitration...*, op. cit. , p. 5; BÖCKSTIEGEL, K. H., *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit. , pp. 5 ss.

<sup>381</sup> V. AA. VV. (MOUSSERON...), *Droit du commerce...*, op. cit. ; BÖCKSTIEGEL, K. H. , *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit...*, op. cit. , p. 7; BÖSCH, A. , *Provisional Remedies...*, op. cit. , p. 3; EISEMAN, F. , "Le phénomène de l'arbitrage...", op. cit. , p. 114; SHORE, L. , "The Advantages of Arbitration...", op. cit. , p. 348; LACHMANN, J. P. , "Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht...", op. cit. , p. 246; LIONNET, K. , *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 48.



documentos<sup>382</sup>. También puede facilitarse el desarrollo del procedimiento, porque los testigos podrán expresarse en su lengua materna<sup>383</sup>.

16. Muy discutida es la cuestión en torno a si el arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas menos costoso y más rápido que el recurso a la Justicia estatal. En cuanto a la rapidez con que el arbitraje permite llegar a una decisión vinculante definitiva, algunos autores afirman sin reservas, que este tipo de procedimientos da lugar a la adopción de decisiones con mayor celeridad<sup>384</sup>. Según ellos, al renunciar a la mayor protección que caracterizaría un procedimiento judicial con diferentes instancias se conseguiría un notable ahorro de tiempo. Otros, más escépticos, a la luz de las estadísticas disponibles<sup>385</sup>, prefieren afirmar que el arbitraje "puede" conducir a una solución más rápida de los conflictos<sup>386</sup>, pero ello dependerá de que las partes cooperen en ese sentido<sup>387</sup>. Finalmente, hay quien ve en la duración de los procedimientos arbitrales un inconveniente en lugar de una ventaja en determinados casos<sup>388</sup>.

---

<sup>382</sup> V. AA. VV., *The Freshfields Guide...*, op. cit., p. 2.

<sup>383</sup> V. SCHÜTZE, R. A., *Rechtsverfolgung im Ausland...*, op. cit., p. 200, n. marg. 304.

<sup>384</sup> Así, BÖCKSTIEGEL, K. H., *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit...*, op. cit., p. 6; HANOTIAV, B., *"La pratique de l'arbitrage..."*, op. cit., p. 70; KEUTGEN, E., *"Conclusions..."*, op. cit., p. 154; KNOF, Manfred, *Tatsachenfeststellung im Streitigkeiten...*, op. cit., p. 1.

<sup>385</sup> Como señala LIONNET (*Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 51) una respuesta adecuada a esta cuestión ha de tener en cuenta las estadísticas al respecto, que por otro lado, son difíciles de elaborar dada la falta de publicidad. De acuerdo con los datos manejados por este autor, en el caso de los arbitrajes desarrollados en Alemania ante la DIS (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), la media de duración sería de alrededor de un año. Un procedimiento judicial, por su parte, duraría aproximadamente dos años. En el ámbito de los arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) la media de duración se incrementa y sería también de en torno a unos dos años. Con el fin de reducir esta duración, se han creado los procedimientos denominados "Fast-Track".

<sup>386</sup> V. SHORE, L., *"The advantages..."*, op. cit., p. 349.

<sup>387</sup> V. NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602.

<sup>388</sup> En este sentido, V. KARRER, Pierre A., *"Arbitration Saves! Costs: Poker and Hide-and-Seek"*, *J. Int'l. Arb.*, 3/1986, p. 36 (En opinión de este autor se hace necesario relativizar las afirmaciones en cuanto a los costes del arbitraje: "...The general statement that arbitration is cheaper than ordinary litigation is misleading because their costs are comparable only in some respects. Some of the advantages of international arbitration simply command a higher price" (p. 45)). También KERR, en *"International Arbitration v. Litigation"*, *J. Bus. L.*, 164/1980, p. 172 pone

Lo que sí parece cierto, como ha destacado algún autor, es que el arbitraje podría dejar la puerta abierta a continuas estrategias dilatorias, de "sabotaje"<sup>389</sup>, por parte de uno de los litigantes en perjuicio del otro<sup>390</sup>. Para evitar posibles retrasos se han ideado procedimientos arbitrales especialmente rápidos, como los denominados *Fast-Track*<sup>391</sup>.

17. Por lo que se refiere a los costes de un procedimiento arbitral, por una parte, se reducen dada la existencia de un único procedimiento en una sola instancia<sup>392</sup>. Por otro, habrá de pagar a los árbitros, que habitualmente serán tres, así como el resto de gastos que origine el desarrollo del arbitraje<sup>393</sup> y los que sufran las partes para participar en las audiencias<sup>394</sup>, más lo que cuesten los abogados<sup>395</sup>. En general, cabe mantener que el arbitraje puede resultar más barato que un procedimiento judicial, pero no podría formularse una afirmación categórica al respecto.

---

algunos ejemplos de cómo el procedimiento arbitral puede dar lugar a muchos gastos y retrasos. V. así mismo, SANDERS, P., *"Trends in the Field..."*, op. cit., p. 217.

<sup>389</sup> SANDERS, P., *"Trends in the Field..."*, op. cit., p. 217.

<sup>390</sup> NAGEL, H. / GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602, n. marg. 3. De todos modos, me parece que este riesgo podría prevenirse mediante la fijación de plazos que puedan ser ampliados por el árbitro únicamente en supuestos excepcionales.

<sup>391</sup> En torno a estos procesos puede consultarse: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *"The Time Element in Arbitration"*, *Festschrift für Otto Sandrock*, op. cit., p. 804.

<sup>392</sup> V. LEHMKUHL, D., *Commercial Arbitration...*, op. cit., p. 5; LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 50.

<sup>393</sup> A este respecto, señala KERR que: *"Arbitral tribunals have to be paid, whereas Court fees are often negligible. In important cases, three arbitrators, or two and an umpire, are usually preferred to a single arbitrator, and this greatly adds to the costs and complexities. If the arbitrators are busy men, as they usually are, arbitration can be much more protracted than litigation..."* (V. *"International Arbitration v. ..."*, op. cit., p. 164). V. NAGEL, H. / GOTTWALD, P. *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 602, n. marg. 3.

<sup>394</sup> Estos costes pueden ser bastantes elevados si alguna de las partes o ambas han de desplazarse a otro Estado.

<sup>395</sup> En relación a los tipos de costes que puede originar un procedimiento arbitral v. LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 53.

18. Entre los principales inconvenientes que presenta el arbitraje, tanto internacional como interno, destacan dos.

19. En primer lugar, la falta de una jurisprudencia asentada<sup>396</sup> que permita a las partes prever el resultado del procedimiento. Esto va en detrimento de la seguridad jurídica.

20. Por otro lado, la pérdida de la protección que otorga un procedimiento recurrible en varias instancias<sup>397</sup>.

### **3.2. La compensación de créditos en la normativa sobre arbitraje internacional**

1. En el ámbito del arbitraje internacional, existen tres niveles de regulación. En primer lugar, la normativa convencional. Entre los convenios internacionales multilaterales que regulan el arbitraje internacional ya me he referido a los dos más importantes: el convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10.6.1958 y el convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21.4.1961<sup>398</sup>. El primero de ellos sustituyó a los convenios de Ginebra de 1923 y 1927, que dejan de surtir efecto a partir del momento y en la medida en que el convenio de Nueva York de 1958 tiene fuerza obligatoria. No obstante los convenios de Ginebra siguen en vigor para los Estados contratantes que no han suscrito este último<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> V. *Ib. id.*, p. 49.

<sup>397</sup> V. KARRER, "Arbitration Saves!...", *op. cit.*, p. 36.

<sup>398</sup> Este convenio a pesar de su nombre, no se limitaría al ámbito europeo (V. NAGEL, H. / GOTTWALD, P. *Internationales Zivilprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 626, n. marg. 111).

<sup>399</sup> Este no es el caso de España.

2. En segundo lugar, se encontraría la regulación uniforme sobre arbitraje internacional elaborada por diferentes Instituciones e Institutos o asociaciones privadas. No obstante, no se trata de un nivel normativo autónomo, dado que a parte de poder ser designado por las partes como regulación procedimental aplicable, su principal función es ser objeto de incorporación o al menos servir de patrón para la elaboración de normas en los otros dos niveles. Entre estos instrumentos de la regulación uniforme del arbitraje internacional cabe destacar por un lado, la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 21.6.1985 y el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL de 15.12.1976, elaborados en el seno de las Naciones Unidas. La Ley Modelo ha inspirado, entre otras, la nueva regulación del arbitraje internacional en Alemania (Libro 10º de la *Zivilprozeßordnung* en vigor desde el 1.1.1998)<sup>400</sup>. Por otro lado, destaca el reglamento de conciliación facultativa y de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

3. El tercer nivel sería el del Derecho autónomo. Esto es, el de las normas elaboradas por los legisladores nacionales en relación a distintos aspectos del arbitraje comercial internacional. Tanto por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, como a la organización y desarrollo de los procedimientos arbitrales.

4. En cuanto a España, en este tercer nivel se encontraría la Ley de Arbitraje de 1988. Si bien, ésta regula el arbitraje interno y sólo contiene normas sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras.

5. Podemos afirmar que en ninguno de estos tres niveles existe actualmente una regulación adecuada (cuando ésta existe), de los problemas que plantea la compensación de créditos en relación con el arbitraje internacional.

---

<sup>400</sup> V. KRONKE, Herbert, *Internationale Schiedsverfahren nach der Reform*", RIW, 1998, p. 257.

En algunas ocasiones, la ausencia de referencias a la compensación estaría justificada. Este sería el caso de convenios, como el de Nueva York de 1958, que regulan el reconocimiento y ejecución de decisiones. Dada la materia objeto de dichos convenios, los problemas de la compensación de créditos no pueden recibir en estos casos más que una regulación indirecta (por ejemplo, mediante vías de recurso por incongruencia).

6. Los únicos instrumentos normativos en los que la compensación de créditos en el arbitraje internacional se encuentra regulada son reglamentos sobre el procedimiento, generales o sectoriales. Las partes pueden someterse a estos reglamentos en ejercicio de su autonomía.

En ellos, algunas veces se regula conjuntamente el ejercicio de la reconvencción y de la compensación como mero mecanismo de defensa (*Set-off, Aufrechnung, excepción de compensación...*). En otras ocasiones, sólo se hace referencia a la presentación de una acción reconvenccional.

7. La primera solución parece la alternativa más adecuada, puesto que evita los problemas interpretativos derivados de la necesidad de determinar si esos mismos preceptos serían aplicables a la excepción de compensación.

8. De ahí que sea conveniente entender que las referencias a la reconvencción abarcan cualquier cauce procesal para el ejercicio de la compensación. La compensación debería recibir un tratamiento unitario con independencia del cauce empleado para hacerla valer y esta afirmación es extensible al ámbito del arbitraje internacional. En ambos casos (reconvencción / excepción), se introduce un nuevo crédito en el proceso, sobre el que el árbitro, de ser competente, decidirá con carácter definitivo. Una regulación diferente permitiría al demandado eludir la aplicación de determinadas normas cambiando simplemente el cauce utilizado para oponer el contracrédito. Es más adecuado aceptar que la compensación ejercitada como mecanismo de defensa, (que persigue la mera absolución del

demandado) no sería más que una "reconvención oculta"<sup>401</sup> o al menos habría de recibir un tratamiento análogo al de las acciones reconvencionales<sup>402</sup>.

9. En la mayoría de las ocasiones, la regulación de la compensación en estas normas sobre el arbitraje internacional se efectúa al hilo de las reglas en torno a los plazos y la forma de la contestación a la demanda. Sin embargo, en el arbitraje internacional el momento indicado para oponer la compensación suele flexibilizarse. El órgano arbitral está facultado para admitir la oposición de un contracrédito en un momento posterior a la contestación a la demanda<sup>403</sup>.

10. Según PELLONPÄÄ / CARON<sup>404</sup>, para estudiar si el retraso estaría justificado, el árbitro podría tener en cuenta tres extremos. Primero, las razones alegadas por el propio demandado. Segundo, los posibles perjuicios para el demandante. Por último, el efecto del retraso sobre el procedimiento arbitral en su conjunto.

11. Podemos citar algunos ejemplos en cuanto a la regulación de la compensación en los procedimientos arbitrales internacionales.

12. El reglamento UNCITRAL: El art. 19.3 del reglamento UNCITRAL contiene la regulación más completa en esta materia. El momento en que puede hacerse valer la reconvención, como en el resto de los casos, es el de la contestación a la

---

<sup>401</sup> Esta denominación la he tomado de la doctrina alemana. Algún autor se refiere a la *Aufrechnung* como una "verdeckte Widerklage" (V. BERGER, Klaus Peter, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlín/ Nueva York, 1992, p. 326).

<sup>402</sup> Como en toda analogía, el principio de base aquí no sería otro que el de igualdad: situaciones iguales han de recibir un mismo tratamiento. Reconvención y excepción de compensación implican lo mismo desde el punto de vista del procedimiento arbitral: la introducción de un nuevo crédito en el proceso sobre el que se va a emitir una solución definitiva.

<sup>403</sup> V. BERGER, K. P., *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 324; BORN, G., *International Commercial...*, op. cit., p. 8

<sup>404</sup> V. PELLONPÄÄ, Matti / CARON, David D., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Finnish Lawyers Publishing, Helsinki, 1994, p. 349.

demanda (*Statement of Defense*). Este reglamento da un tratamiento análogo a la reconvencción y a la excepción de compensación<sup>405</sup>. La principal diferencia entre ambas consistiría en que la primera permite ejercitar un contracrédito de mayor cuantía con el fin de obtener una condena del demandante por la diferencia.

13. Lo más destacable de esta norma radica en que tanto la reconvencción como la excepción de compensación han de ser conexas<sup>406</sup>; deben hacerse valer con créditos fundados en un mismo contrato<sup>407</sup>. En el reglamento, se hace una referencia expresa al ejercicio de "*un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación*". Con ello, se establecen expresamente los límites a la competencia del árbitro en cuanto a la compensación de créditos. En efecto, como ya ha señalado algún autor, de este modo se estaría haciendo constar expresamente, que no cabría una compensación más allá del ámbito de aplicación del convenio arbitral<sup>408</sup>.

En el reglamento UNCITRAL, se adopta además, un criterio estrecho de conexión contractual entre las contrarreclamaciones. Este criterio deberá ser objeto de una interpretación estricta, puesto que las propuestas de algunos Estados en cuanto a que se incluyera el término "*transaction*" (u otros similares y más amplios como el de "*relación jurídica*")<sup>409</sup> en lugar del de "*contract*", fueron

---

<sup>405</sup> En este sentido, v. PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. D., *The UNCITRAL Arbitration...* op. cit., p. 348.

<sup>406</sup> V. BAKER, Stewart / DAVIS, Mark D., *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice (the Experience of the Iran-United States Claims Tribunal)*, Kluwer, Deventer/ Boston, 1992, p. 86.

<sup>407</sup> V. BERGER, K. P., *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 324; PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. D., *The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit., p. 351.

<sup>408</sup> Me estoy refiriendo a las afirmaciones vertidas por PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. D., en *The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit., p. 352: "...that a Counterclaim or a Set-off claim must arise 'out of the same contract' means that such a claim cannot be based on a contract which is not covered by the arbitration clause or agreement, notwithstanding a close connection with the subject matter of the claim".

<sup>409</sup> Concretamente, "...a series of separate contracts arising out of the same transaction between the same parties" (v. *Summary of Discussion on Preliminary Draft, UNCITRAL 8 th. Session, U. N. Doc. A/10017*, pp. 136 y 137). V. BAKER / DAVIS, *The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit., p. 86.

finalmente rechazados durante el debate para la elaboración del proyecto preliminar de Reglamento. Eso sí, siempre cabe que las partes deroguen el requisito de la conexión o de la conexión contractual (= criterio estrecho) a favor de un criterio más amplio<sup>410</sup>.

14. El reglamento de la CCI<sup>411</sup>: En la última versión del reglamento, en vigor desde el 1.1.1998<sup>412</sup>, sólo aparece regulado el planteamiento de la reconvención. No hay ninguna referencia a la compensación alegada como mero mecanismo de defensa.

15. El reglamento prevé un plazo de treinta días a contar a partir de la solicitud de inicio del arbitraje, para presentar la contestación a la demanda (*Answer to the Request*). En este mismo plazo, con los requisitos apuntados en el apartado 5 del art. 5, puede presentarse la reconvención.

16. De acuerdo con el art. 19, el momento límite para poder introducir nuevas reclamaciones (*New Claims*) en el procedimiento arbitral es el de la fijación de los determinados *Terms of Reference*. Esto es, el momento en que el árbitro o colegio arbitral ha establecido con carácter definitivo, cuál es el objeto del proceso sobre la base de la demanda y de la contestación a la misma. Pero, no nos encontramos ante un límite rígido. El tribunal arbitral puede admitir nuevas contrarreclamaciones teniendo en cuenta tres criterios previstos en el citado precepto. Primero, la naturaleza de las nuevas reclamaciones. Segundo, el momento en el que se desea introducir dichas reclamaciones en el curso del procedimiento. En tercer lugar, otras circunstancias relevantes. Se trata de criterios amplios mediante los que se pretende evitar dilaciones injustificadas del procedimiento.

---

<sup>410</sup> PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. , *The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit. , p. 352.

<sup>411</sup> V. DERAIS, Y. / SCHWARTZ, E. A. , *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 1998, p. 65.

<sup>412</sup> V. [http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf\\_documents/rules/rules\\_arb\\_spanish.pdf](http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_spanish.pdf)



17. No se contiene previsión alguna en cuanto a la necesidad de conexión entre las contrarreclamaciones.

18. Las normas de la LCIA (*London Court of International Arbitration*): El art. 6 se refiere solamente al ejercicio de la reconvención. Se da un plazo de 40 días desde la recepción de la demanda para plantearla. En todo caso, la reconvención habría de cumplir los mismos requisitos formales que la demanda.

19. No se contiene previsión alguna en cuanto a la necesidad de conexión entre las contrarreclamaciones.

20. El reglamento de la AAA (*American Arbitration Association*) sobre arbitraje internacional (modificadas y vigentes a 1.9.2000)<sup>413</sup>: Este reglamento se refiere tanto a la reconvención como al ejercicio de la excepción de compensación. En el art. 3, se da un trato idéntico al planteamiento de la reconvención y al ejercicio de la excepción de compensación "*respecto de cualquier demanda cubierta por el acuerdo de arbitraje*". El reglamento prevé un plazo de treinta días desde el comienzo del procedimiento arbitral para que el demandado conteste a la demanda. En ese mismo momento, puede hacerse valer la reconvención o la excepción de compensación. El demandante tiene otros treinta días para contestar a estas.

21. El reglamento de la AAA tampoco contiene referencia alguna a la exigencia de conexión entre las contrarreclamaciones.

22. Las normas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para la resolución de controversias en materia de propiedad intelectual en vigor desde el 1.10.1994): Este sería un ejemplo de regulación de la cuestión en el arbitraje sectorial. Al regular la contestación a la demanda de arbitraje, estas normas se refieren tanto al ejercicio de una reconvención, como de la excepción

---

<sup>413</sup> En <http://www.adr.org>

de compensación. Se otorga al demandado un plazo de treinta días desde la recepción o la notificación de la demanda, para plantear sus alegaciones, con los mismos requisitos formales exigidos para la demanda. Cualquier reconvención o excepción de compensación debe hacerse valer en ese momento. Cabría un ejercicio posterior si el órgano arbitral lo estimase oportuno.

23. El reglamento del CEPANI (Centro belga para el estudio y la práctica del arbitraje interno e internacional): El art. 14 regula el ejercicio de la reconvención. No se contiene mención expresa alguna a la excepción de compensación.

La reconvención, de acuerdo con el reglamento del CEPANI, ha de adoptar la misma forma que la demanda. En cuanto al plazo y a la forma de su ejercicio, debe atenderse a las normas sobre la contestación a la demanda.

24. Estas normas han sido objeto de una revisión que ha afectado al ejercicio de la compensación en los procedimientos de este reglamento<sup>414</sup>. La nueva norma entró en vigor el 1.1.2000<sup>415</sup>. En ella se establece que si el demandado hace valer una reconvención, ésta debe contenerse en la primera contestación a la demanda de arbitraje (= *answer to the Request*). De este modo, pretenden evitarse las dilaciones injustificadas del procedimiento a que podría dar lugar el planteamiento de "reconvenciones tardías".

25. El reglamento de la Cámara de Comercio de Zurich: El estudio de la normativa sobre la compensación ejercitada en el marco de este reglamento resulta interesante porque en él, se regula expresamente, una de las tres cuestiones problemáticas a las que me referiré en el epígrafe siguiente: el ejercicio de la compensación en un procedimiento de arbitraje internacional cuando el

---

<sup>414</sup> V. al respecto: KEUTGEN, Guy, "The new CEPANI Rules", *J. Int. Arb.*, 3/2000, p. 152 (en <http://www.wkap.nl/article.pdf?270829>).

<sup>415</sup> El nuevo reglamento apareció publicado en *Belgian Law Gazette*, 7.8.1998, pp. 25353 – 25355.

contracrédito no está comprendido en el ámbito de aplicación del convenio arbitral. Se adopta, sin embargo, una postura distinta a la que defenderé en estas páginas: se admite la compensación a pesar de que las partes no hubiesen sometido el contracrédito a dicho arbitraje.

En efecto, de acuerdo con el art. 27 del reglamento de la Cámara de Comercio de Zurich: *"El tribunal arbitral será competente para conocer de una excepción de compensación aunque el contracrédito no entrase en el convenio arbitral. Incluso, cuando para dicho crédito exista otro acuerdo de arbitraje o cláusula de elección de foro"*. Al menos las partes que se sometan a arbitraje de acuerdo con este reglamento sabrán a qué atenerse: la inseguridad de tener que defenderse frente a un contracrédito no sometido a arbitraje en caso de que adopten la posición demandante.

26. En el plano del Derecho autónomo, la Ley 36/1988 no contiene regulación alguna en relación al ejercicio de la compensación. Ni siquiera en el ámbito del arbitraje interno. Algún autor ha criticado ya la falta de una regulación de las condiciones y plazos para la recepción de excepciones y demandas reconconvencionales<sup>416</sup>.

27. En otros Estados, tampoco es común encontrar normas sobre la compensación en el arbitraje internacional en el Derecho autónomo. Cuando se efectúa alguna previsión al respecto suele tratarse de cuestiones formales como el momento en el que ésta puede hacerse valer en el curso del procedimiento, el plazo para ello o los requisitos de forma (que por regla general serán los mismos que para la interposición de la demanda). Sirva como ejemplo la regulación contenida en el § 1046 ZPO. En este precepto, tan sólo se regula el ejercicio de la reconvencción. Lo único que se afirma al respecto es que ésta ha de cumplir los requisitos previstos para la demanda de arbitraje.

---

<sup>416</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. , "El largo camino...", *op. cit.* , pp. 49 – 50.

28. Tan sólo en el art. 29 del Concordato suizo sobre arbitraje de 1969 (CIA) se prevé una solución expresa a uno de los tres supuestos problemáticos a los que me voy a referir a continuación: el del ejercicio de la compensación en un procedimiento de arbitraje cuando el convenio arbitral no fuese aplicable al contracrédito. No obstante se trata de una regulación relativa al arbitraje interno. Hay que tener en cuenta que a la hora de elaborar el Capítulo XII (arts. 176 ss.) de la Ley especial de Derecho Internacional Privado no se optó por incluir una regulación similar.

### **3.3. Arbitraje internacional y compensación de créditos: delimitación de los tres supuestos problemáticos**

1. La compensación de créditos puede plantear tres supuestos problemáticos en relación al arbitraje internacional. Como se ha señalado con anterioridad, prácticamente ninguna norma de las que regulan los procedimientos arbitrales internacionales se refiere expresamente, a la solución de estos problemas<sup>417</sup>. Por ello, surge la necesidad de colmar esta laguna de regulación mediante la elaboración de soluciones autónomas para cada uno de estos tres problemas<sup>418</sup>.

2. En primer lugar, puede suceder que el demandado en un procedimiento ante un tribunal estatal a quien se reclama el pago de un determinado crédito, pretenda hacer valer la compensación (ya sea por vía de reconvencción o de la excepción de compensación) mediante la oposición de un contracrédito que había sido objeto de un convenio arbitral<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Más arriba, he señalado dos excepciones: el art. 27 del Reglamento de la Cámara de Comercio suiza y el art. 29 del Concordato suizo sobre arbitraje (CIA) (este último es una norma uniforme intercantonale que regula supuestos de arbitraje interno, por lo que tampoco podemos afirmar que se refiera con exactitud a alguno de los problemas que voy a plantear a continuación).

<sup>418</sup> Todos ellos son planteados por GROSS, Domenic, en *Das rechtliche Schicksal von Verrechnungsansprüche im Schiedsverfahren*, Schulthess, Zurich, 1999, p. 1.

<sup>419</sup> Planteamiento del problema en: BERGER, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Kluwer, Deventer / Boston, 1993, p. 467; BÜHLER, Walter, "Verrechnung und Schiedsvertrag", *RSJ*, 1940, p. 209; HABSCHEID, Walther J., en "Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozeßaufrechnung", *ZZP*, 76/1963, p. 371 y en "Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur

3. En segundo término, nos encontramos con aquellos casos en los que en el seno de un determinado procedimiento de arbitraje, el demandado pretenda hacer valer la compensación con un contracrédito no previsto por las partes en el convenio arbitral<sup>420</sup>.

4. Por último, se propondrá una solución para el supuesto en el que existiendo dos créditos sometidos a dos arbitrajes distintos, el demandado oponga la compensación haciendo valer uno de ellos en el procedimiento arbitral en que se reclamaba el pago del otro<sup>421</sup>.

5. Las partes podrían referirse expresamente a cualquiera de estas cuestiones. Especialmente, cabría efectuar una referencia expresa a cómo habrían de ser resueltos los supuestos segundo y tercero en el propio convenio arbitral<sup>422</sup>. No obstante, esto no es ni mucho menos, lo más habitual. En las siguientes páginas se expondrán los argumentos a favor de soluciones de este tipo para cada una de las cuestiones señaladas.

### 3. 4. Los supuestos excluidos de la discusión

---

*Schiedsgerichtsbarkeit*", KTS, 1984, p. 56 GEIMER, R., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 905; n. marg. 3817; HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1863, n. marg. 2498; POUDRET, Jean-François, "Compensation et arbitrage", *Le droit en action*, Lausana, 1996, p. 359 (en Derecho interno suizo); REINER, Andreas, "Aufrechnung trotz (Fehlens einer) Schiedsvereinbarung nach österreichischem Recht", *Festschrift Hempel*, 1997, p. 108 (con especial atención a la cuestión en los supuestos meramente internos).

<sup>420</sup> Planteamiento de la cuestión: BERGER, K. P., *International Economic...*, op. cit., p. 466; BÜHLER, W., "Verrechnung und Schiedsvertrag", op. cit., p. 209; COESTER-WALTJEN, D., "Die Aufrechnung im internationalen...", op. cit., p. 35; GEIMER, R., *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 905, n. marg. 3817; HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1863, n. marg. 2498; POUDRET, J. F., "Compensation et arbitrage", op. cit., p. 359 (en Derecho interno suizo); REINER, A., "Aufrechnung trotz...", op. cit., p. 108 (con especial atención a la cuestión en los supuestos meramente internos).

<sup>421</sup> Planteamiento del problema en: BERGER, Klaus Peter, *International Economic...*, op. cit., p. 467; BÜHLER, W., "Verrechnung und Schiedsvertrag", op. cit., p. 217; LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, op. cit., p. 225.

<sup>422</sup> V. REINER, A., "Aufrechnung trotz...", op. cit., p. 108.

1. Del mismo modo que cuando se trató del problema de la competencia judicial internacional sobre el contracrédito y del relativo a la compensación de créditos y las cláusulas de sumisión, existirían aquí dos supuestos excluidos de la discusión.

2. El primero sería el de aquellos contracréditos indiscutidos o sobre los que existe una decisión con efectos de cosa juzgada<sup>423</sup>. Nada impediría en estos casos, que el contracrédito se opusiera mediante compensación en un procedimiento arbitral a pesar de no estar "cubierto" por el convenio arbitral o aunque en principio, estuviera sometido al conocimiento de otro árbitro. Si dicho contracrédito ha sido objeto de un laudo arbitral definitivo (bien porque no se haya recurrido en anulación o porque se haya desestimado dicho recurso) su ejercicio en un procedimiento estatal implicaría el correspondiente reconocimiento del laudo de acuerdo con la normativa aplicable. Esto es, en el caso de España, en virtud del convenio de Nueva York de 1958.

3. El segundo supuesto no problemático sería el de la sumisión tácita<sup>424</sup> o el de la renuncia tácita al arbitraje.

En el caso de que la compensación se hiciera valer ante un tribunal estatal mediante el ejercicio de un contracrédito sometido a arbitraje, se produciría una renuncia cuando el demandante realizase alegaciones sobre el fondo de la compensación sin denunciar que la controversia se había sometido a arbitraje.

---

<sup>423</sup> V. BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 32; BERGER, K. P., *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 326, *International Economic...*, op. cit., p. 465 y "Die Aufrechnung im internationalen...", op. cit., pp. 429 - 430; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen...*, op. cit., n. marg. 399.

<sup>424</sup> V. HENN, Günter, *Schiedsverfahrensrecht (Handbuch für die Praxis)*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 2000, p. 187, n. marg. 445 (en relación al supuesto en el que al contracrédito no le resultaría aplicable el convenio arbitral).

4. La renuncia al arbitraje no aparece expresamente regulada en las normas internacionales sobre la materia. Nada se dice al respecto en el convenio de Nueva York de 1958. El convenio de Ginebra de 1961, en su art. 6 se refiere a la excepción o declinatoria por incompetencia del tribunal estatal basada en la existencia de un convenio arbitral, pero no expresamente a la renuncia al arbitraje que supondría la no presentación de la misma. Dicha renuncia podría sin embargo, deducirse de una interpretación *a sensu contrario* de este precepto (que requiere que dicha excepción o declinatoria se haga valer por el demandado). Como podemos observar, el art. 6 CG 1961 no prejuzga si en esos casos nos encontraríamos ante una excepción o una declinatoria, ni si según la ley del foro la misma se considera una cuestión de derecho procesal o sustantivo.

5. En los casos en los que la existencia de una sumisión de la controversia a arbitraje se denuncie ante los tribunales españoles (es decir, cuando la *lex fori* sea el Derecho español), en virtud del art. 39 de la LEC 1/2000 tal denuncia habría de plantearse mediante declinatoria (arts. 63 ss. LEC 1/2000)<sup>425</sup>.

Tal declinatoria podrá plantearse ante el tribunal que esté conociendo del asunto o ante el del domicilio del demandado (art. 63. 2 LEC 1/2000). Habrá de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda o de los cinco posteriores a la citación para la vista (art. 64 LEC 1/2000). El tribunal resolverá la cuestión diez días después de la notificación de la declinatoria (art. 65.1 LEC 1/2000).

6. Mediante esta regulación de la denuncia de la sumisión de la controversia a arbitraje por medio de la declinatoria, la LEC 1/2000 resuelve los problemas de la regulación anterior.

---

<sup>425</sup> V. CORDÓN MORENO, F., "Estudio preliminar ...", *op. cit.*, p. 24.

7. En efecto, el art. 11 de la Ley 36/1988 caracterizaba dicha denuncia como una *excepción* y en este sentido, la Disposición adicional tercera de dicha Ley añadía un nuevo número al art. 533 de la LEC de 1881 (el nº 8). Esto es, se incluía dicha excepción entre las excepciones dilatorias.

La doctrina española criticó en primer lugar, la vía escogida para regular tal excepción: una Disposición adicional<sup>426</sup>.

8. Esta crítica me parece exagerada en la medida que la regulación de la excepción resultaba más bien del art. 11 Ley 36/1988 y los preceptos sobre las excepciones dilatorias contenidos en la LEC de 1881. Lo único que se pretendía mediante la Disposición adicional 3ª era introducir las necesarias modificaciones para dar cabida a la nueva excepción dilatoria que se creaba con la Ley de Arbitraje de 1988. Para este fin, una Disposición adicional sí me parece que constituiría un cauce idóneo. En contra de lo que sostenían a este respecto MERINO MERCHÁN / CHILLÓN MEDINA<sup>427</sup>, no creo que debiera haberse dado un tratamiento pormenorizado a tal excepción en la Ley de Arbitraje. El tratamiento conjunto de todas las excepciones dilatorias era lo más adecuado. La regulación en la Ley de arbitraje hubiese implicado una redundancia superflua.

9. En segundo lugar, el principal problema que destacaba la doctrina en cuanto a la regulación de esta cuestión mediante el cauce de la excepción dilatoria, derivaba de la siguiente constatación: al proponerse la sumisión del litigio a arbitraje como una excepción dilatoria, el previo pronunciamiento sobre la misma sólo podía producirse en los procedimientos ordinarios de mayor cuantía<sup>428</sup>. En los

---

<sup>426</sup> V. MERINO MERCHÁN, José F. / CHILLÓN MEDINA, José Mª, "La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 235 y 236.

<sup>427</sup> V. *ib. id.*, p. 235.

<sup>428</sup> En efecto, según DE LA OLIVA (*Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 55) las excepciones dilatorias serían aquéllas de naturaleza procesal que puede proponerse con carácter previo en el juicio de mayor cuantía. Todas las demás serían perentorias.



juicios declarativos de menor cuantía se resolvería en la sentencia. Esto podría frustrar los fines de los procedimientos arbitrales<sup>429</sup>.

En efecto, algún autor había puesto ya de manifiesto que con la Ley de Arbitraje de 1988 se había perdido la oportunidad de sentar como criterio general para la denuncia de la sumisión de la controversia a arbitraje el de los juicios de mayor cuantía<sup>430</sup>; su resolución habría de tener lugar con carácter previo a cualquier otro pronunciamiento judicial. La solución propuesta es la finalmente adoptada por la LEC 1/2000: su tramitación por medio de la declinatoria internacional.

10. La solicitud de medidas provisionales de conservación o seguridad ante un tribunal estatal no constituiría renuncia al arbitraje. Como se afirma en el art. VI. 4 del convenio de Ginebra de 1961, tal solicitud no es *"incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral"*<sup>431</sup>.

11. Por lo que respecta a la Ley Modelo UNCITRAL, la caracterización de la conducta en que consiste la renuncia a arbitraje también podría deducirse de una interpretación *a contrario sensu*, en este caso, de su art. 8. Dicho precepto regula *"El acuerdo de arbitraje y la demanda en cuanto al fondo ante un tribunal"*. De su contenido se deduce que para que el tribunal estatal al que se ha sometido un asunto que es objeto de un convenio arbitral, remita a las partes a arbitraje es necesario que lo solicite alguna de ellas. De no ser así, el procedimiento ante dicho tribunal estatal continuará.

---

<sup>429</sup> MERINO MERCHÁN, J. F. / CHILLÓN MEDINA, J. M. , "La excepción de sumisión...", *op. cit.* , p. 236.

<sup>430</sup> ARTUCH IRIBERRI, E. , *El convenio arbitral...*, *op. cit.* , p. 240.

<sup>431</sup> V. MEZGER, E. , *"Das Europäische Übereinkommen..."*, *op. cit.* , p. 267. En el mismo sentido, v. art. 9 Ley Modelo UNCITRAL.

12. En el art. 11. 2 de la Ley de Arbitraje de 1988, se regula tanto la renuncia al arbitraje por convenio entre las partes, como la renuncia tácita<sup>432</sup>. Ésta se produciría cuando una de ellas hubiese interpuesto demanda ante los tribunales estatales y el demandado se personase en juicio con el fin de realizar cualquier actividad que no sea proponer la oportuna "excepción". A partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, debería entenderse que en lugar de la oposición de dicha "excepción", la renuncia se produciría si no se plantea la correspondiente "declinatoria".

13. Cuando se trate del ejercicio de la compensación en un procedimiento arbitral mediante un contracrédito al que no "alcanza" el convenio de arbitraje, no existirá problema alguno para que el órgano arbitral entre a conocer sobre la misma si el demandante no alega la excepción de incompetencia del tribunal arbitral<sup>433</sup>, sino que realiza alegaciones de fondo en torno al crédito de la compensación. Es decir, cuando el demandante se someta tácitamente a dicho órgano arbitral. Como ha señalado BERGER, las partes pueden expresa o tácitamente, ampliar el ámbito de aplicación del convenio arbitral al contracrédito<sup>434</sup>.

14. Esto mismo cabe afirmarse cuando los créditos recíprocos estuvieran en principio, sometidos a distintos árbitros. Es decir, el demandante que no alega la incompetencia del árbitro que está conociendo del crédito inicial para conocer de la compensación estaría realizando una renuncia tácita al otro convenio arbitral (= el referido al contracrédito)<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> CREMADES, Bernardo M. , "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 16-17.

<sup>433</sup> Sobre la competencia de los árbitros para adoptar una decisión en relación a su propia competencia v. *Infra* pp. 176 ss.

<sup>434</sup> *International Economic...*, op. cit. , p. 465.

<sup>435</sup> En este sentido, afirma REINER, Andreas que: "Umstrittig ist weiters, daß die Aufrechnung immer dann zulässig ist, wenn sich der Aufrechnungsgegner einläßt, das heißt, wenn er den Bestand einer (anderen) Schiedsvereinbarung oder das Fehlen einer Schiedsvereinbarung nicht einwendet" (En "Aufrechnung trotz (Fehlens einer)..." , op. cit., p. 109).

15. A estos dos supuestos excluidos de la discusión a los que ya me he referido (= créditos no controvertidos, sumisión tácita o renuncia tácita al arbitraje), vendría a añadirse uno más: la conclusión por las partes de un nuevo convenio arbitral sometiénndose al mismo (= sumisión expresa). Es decir, obviamente, también desaparecería el problema en torno a si el juez estatal puede entrar a conocer sobre la compensación mediante la que se hace valer un contracrédito en principio, sometido a arbitraje, si se produce una renuncia expresa de las partes al convenio arbitral previo. Por ejemplo, mediante un pacto de sumisión expresa posterior a dicho juez estatal. En estos casos, el contracrédito habría dejado de estar sometido a arbitraje.

### **3.5. La prohibición de compensar ante los tribunales estatales con un contracrédito sometido a arbitraje**

1. El primer problema que puede plantearse en relación a la compensación de créditos y el arbitraje internacional es si un tribunal estatal podría entrar a conocer de la compensación opuesta por el demandado cuando existe un convenio arbitral sobre el contracrédito. Esta cuestión no ha interesado hasta el momento a la doctrina internacional-privatista española y tampoco existe jurisprudencia al respecto. Sin embargo, se trata de un problema que puede plantearse en la práctica. De hecho, existen varias sentencias del Tribunal Supremo alemán (*BGH*) a este respecto<sup>436</sup> y diversos autores alemanes<sup>437</sup>, suizos<sup>438</sup> y austriacos<sup>439</sup> se han interesado por este tema.

---

<sup>436</sup> Asimismo, existen pronunciamientos al respecto de tribunales de apelación, como la sentencia del *Oberlandesgericht* de Hamburgo de 14.5.1964 (*MDR*, 1965, p. 54) y el *Oberlandesgericht* de Munich de 28.1.1981 (*MDR*, 1981, p. 766). En este último caso, el supuesto es algo diferente y se resuelve principalmente en virtud de otros fundamentos. En él, el demandante había reclamado un crédito ante los tribunales estatales aunque sobre el mismo se había pactado la sumisión a arbitraje. Frente a la alegación por parte del demandado de un contracrédito derivado del mismo contrato, el demandante opone la excepción de sumisión de la controversia (*Einrede des Schiedsvertrags*) a arbitraje. El Tribunal resuelve el asunto sobre la base del principio de buena fe, ya que el demandante habría vulnerado la "doctrina de los actos propios".

2. El BGH ha resuelto aquellos casos en que se ha pretendido el ejercicio de la compensación con un crédito sometido a arbitraje en un mismo sentido: inadmitiendo la posibilidad de que el Juez estatal entre a pronunciarse sobre la materia<sup>440</sup>. En efecto, esta viene siendo la posición adoptada por el Tribunal alemán desde la sentencia de 20.12.1956<sup>441</sup>; nuevamente defendida en la sentencia de 22.11.1962<sup>442</sup>.

3. En este último caso (sentencia de 22.11.1962), se trataba de un litigio entre una sociedad con domicilio en Bélgica y su agente en Alemania. Los contratos entre ambas partes contenían un convenio arbitral, a pesar de lo cual, la primera interpuso la demanda ante los tribunales alemanes. Frente a ella, el demandado hizo valer la excepción de sumisión del litigio a arbitraje (*Einrede des Schiedsvertrags*). El Tribunal Supremo alemán remitió a las partes a arbitraje sobre la base de que su voluntad, plasmada en el acuerdo de arbitraje, era que sobre el contracrédito se pronunciase un tribunal arbitral. Es decir, afirmó la

---

<sup>437</sup> En Alemania, sobre todo: SCHWAB, Karl H. / WALTER, Gerhard (*Schiedsgerichtsbarkeit*, 6ª ed., Beck's, Munich, 1990, p.22), MAIER (*Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1979, n. marg. 338), BERGER (*Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 325), SCHÜTZE / TSCHERNIG / WAIS (*Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2ª ed., 1990, n. marg. 55), GLASSNER / BREDOW / BÜHLER (*Das Schiedsgericht in der Praxis*, 3ª ed., Heidelberg, 1990, n. marg. 129), LIONNET (*Handbuch der internationalen...*, op. cit., pp. 224 ss) y SCHLOSSER (*Das Recht der internationalen...*, op. cit., n. marg. 399).

<sup>438</sup> Especialmente POUDRET, J. F. (V. "Compensation et arbitrage", op. cit.).

<sup>439</sup> V. TRAMMER ("Schiedsvertrag und Kompensation", JBL, 1915, p. 37), MELICHAR ("Die Geltendmachung von Gegenforderungen im österreichischen Zivilprozeß- und Exekutionsrecht", JBL, 1946, p. 4), WÜNSCH, (*Schiedsgerichtsbarkeit*, 1968, p. 117), FASCHING (*Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 1990, n. marg. 1290 y 2181), MATSCHER ("Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit...", op. cit., p. 416), HOLZHAMMER (*Zivilprozeßrecht*, p. 222) y REITERER (*Die Aufrechnung*, 1976, p. 81).

<sup>440</sup> En contra, una más reciente sentencia del Tribunal Supremo austriaco (OGH): la sentencia de 14.11.1990, SZ, 63, p. 202. Sin embargo, este pronunciamiento no parece convincente porque se apoyaría en criterios excesivamente formalistas (= la diferente naturaleza entre la reconvencción y la compensación ejercitada como mero mecanismo de defensa).

<sup>441</sup> En BGHZ, 23 y NJW, 1957, p. 591.

<sup>442</sup> BGHZ, 38, p. 254. La misma posición defendió el OGH en sus sentencias de 3.4.1957 (ÖRZ, 1957, p. 107) y de 19.12.1963 (EuBL, 1964, p. 132).

incompetencia de los tribunales estatales para conocer del asunto en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes que les permite someter determinadas disputas a arbitraje (*"...en los procedimientos ordinarios no debería entrar a conocerse de la compensación cuando el contracrédito ha sido objeto de un compromiso arbitral...El acuerdo de sumisión a arbitraje daría lugar a una prohibición contractual de compensar en un proceso estatal cuando de acuerdo con la voluntad de las partes debería decidir un órgano arbitral. Mediante ese convenio arbitral las partes se habían comprometido a incoar al respecto una demanda de arbitraje...De este modo, se habrían obligado a no someter a los Tribunales ordinarios el enjuiciamiento sobre la existencia del crédito..."*).

4. En la primera de las sentencias a las que me acabo de referir (la de 20.12.1956) el argumento principal es paralelo al que se utiliza con el objeto de justificar que los tribunales de un determinado Estado no pueden entrar a conocer de la compensación cuando carecen de competencia judicial internacional sobre el contracrédito<sup>443</sup>: si admitimos la compensación ante los jueces estatales, a pesar de la existencia de un convenio arbitral, éste quedaría sin efecto, puesto que la decisión de los órganos jurisdiccionales estatales sobre el contracrédito tendría eficacia de cosa juzgada. Lo que deberíamos hacer sería adoptar el punto de vista más favorable al convenio arbitral, pues como aduce BAUMANN<sup>444</sup>: *"...es obvio que las partes deseaban un procedimiento arbitral, por lo que siempre que sea posible, la cláusula de sumisión a arbitraje debería "salvarse"..."*.

5. Parece que la opinión del Tribunal Supremo alemán en estas sentencias sería la más adecuada para resolver este supuesto problemático. Esta es la posición mayoritariamente aceptada en el Derecho alemán<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> V. *Supra* III. 1.2. § 8.

<sup>444</sup> En *Aspekte der Verrechnung...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>445</sup> V. HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, *op. cit.*, p. 1863; LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, *op. cit.*, p. 225. En este sentido, se trata de la opinión de BERGER, K. P. (*International Economic...*, *op. cit.*, p. 467); HABSCHEID, W. J.

6. Los principales argumentos a favor de dicha postura, pues, serían los que se deducen de la fundamentación de las decisiones del BGH.

7. Permitir al tribunal estatal ante el que el demandado ha hecho valer la compensación mediante la alegación de un contracrédito sometido a arbitraje conocer sobre el fondo de la misma implicaría una clara vulneración de la voluntad de las partes, que como ya se ha puesto de manifiesto más arriba, constituye el fundamento del arbitraje.

Parece claro que cuando las partes acuerdan concluir un convenio arbitral, están poniendo de manifiesto su voluntad conjunta de sustraer el asunto al conocimiento de los jueces estatales, incluso de eludir la intervención de éstos<sup>446</sup>.

---

("Über die Rechtsfolgen...", *op. cit.*, p. 371); AA. VV. (RAESCHKE-KESSLER...), *Recht und Praxis...*, *op. cit.*, p. 116). Respecto de los litigios meramente internos: LÜKE, Gerhard, "Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit", *Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken*, Carl Heymanns, Colonia / Berlín / Bonn / Munich, 1985, p. 307: "Eine Entscheidung des staatlichen Gericht über die Schiedsklauselforderung scheidet aus, weil damit die Schiedsklausel unterlaufen und entwertet würde".

<sup>446</sup> V. BÖSCH, A., *Provisional Remedies...*, *op. cit.*; BORN, Gary B., *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 4. Esta elusión nunca es total. Aunque mínima, la intervención estatal se produce en diferentes situaciones: (a) Puede precisarse la intervención de los jueces estatales para suplir la falta de designación de los árbitros por las partes; (b) Aunque nada impide que las partes atribuyan a los árbitros competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares, su práctica o ejecución coactiva puede precisar de la cooperación de los tribunales estatales. Los árbitros pueden formular recomendaciones a las partes o bien dictar decisiones provisionales o parciales con fuerza obligatoria en torno a este tipo de medidas. Estas tendrán una eficacia fáctica desde el punto de vista reputacional y también una eficacia jurídica. La intervención de los tribunales estatales en esos casos, puede producirse de tres formas. En primer término, si se solicitan *ex novo* medidas cautelares ante dichos tribunales, utilizando como medio de prueba de su pertinencia un pronunciamiento arbitral; en segundo lugar, por la vía del auxilio judicial. Es decir, el árbitro se dirigirla al tribunal estatal para que éste ordene la ejecución de la medida (este es el cauce que prevé la ley modelo UNCITRAL); en tercer lugar, podría ocurrir que el interesado instara la ejecución de la decisión cautelar ordenada por el árbitro (todo ello en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 185 ss.) (c) se puede solicitar la colaboración de los tribunales estatales de cara a la práctica de las pruebas (v. art. 27 Ley Modelo UNCITRAL); (d) El Juez estatal del lugar del arbitraje o aquél del Estado conforme a cuya ley se ha resuelto la controversia pueden tener que resolver el recurso de anulación del laudo (art. IX CG 1961); (e) El tribunal estatal ante el que se haya denunciado la sumisión de una controversia a arbitraje puede declararse competente al estar facultado para pronunciarse sobre la nulidad o inexistencia del convenio arbitral (art. VI CG 1961); (f) Dicha intervención puede ser también necesaria, ante la falta de ejecución espontánea del laudo o cuando se precise el reconocimiento y ejecución del mismo por otras razones (V. ESPLUGUES

Sea por el motivo que fuese, pero sin duda, atendiendo a algunas de las ventajas del arbitraje a las se ha hecho referencia más arriba<sup>447</sup>, las partes se han comprometido a acudir al arbitraje para dirimir las controversias que pudieran surgir entre ambas.

8. La exclusión de la compensación sobre la base de la existencia de un convenio arbitral aplicable al contracrédito sería, por tanto, consecuencia del denominado "efecto negativo" del convenio arbitral<sup>448</sup>.

La doctrina suele distinguir dos efectos derivados de la conclusión por las partes de un acuerdo de arbitraje<sup>449</sup>.

El efecto positivo consistiría en la facultad y correlativa obligación de las partes de someter las controversias derivadas de la relación jurídica objeto del acuerdo a arbitraje y cumplir el laudo arbitral<sup>450</sup>.

---

MOTA, Carlos A. , *International Comercial Arbitration v. Transnational Comercial Arbitration: An Approach*, LLM Thesis, Harvard Law School, 1985, p. 9. En todo caso, el control judicial de cara al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales ha de ser mínimo. Lo contrario sería incompatible con el efecto negativo del convenio arbitral (V. AA. VV. (FOUCHARD...) , *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, pp. 428 y 429. Según HABSCHEID, estos supuestos en los que se hace posible la intervención y el control del arbitraje por la Justicia estatal se fundamentarían en que el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva (*Droit judiciaire privé suisse*, Georg, Ginebra, 1981, p. 546).

<sup>447</sup> V. *Supra* III. 3.1. §§ 8 ss.

<sup>448</sup> Como afirma BERGER (*Internationales Wirtschaftsgerichtsbarkeit*, op. cit. , p. 224): "Eine wirksame Schiedsabrede schließt den Rechtsweg vor das an sich zuständige staatliche Gericht aus".

<sup>449</sup> V. ARTUCH IRIBERRI, E., AA. VV. (FERNÁNDEZ ROZAS...), *Derecho del comercio...*, op. cit. , p. 484 y *El convenio arbitral...*, op. cit. , pp. 209 ss. ; BERNARDINI, Piero, *L'arbitrato internazionale*, pp. 59 ss. ; CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. , *El arbitraje comercial...*, op. cit. , p. 86; AA. VV. (FOUCHARD...), *Traité de l'arbitrage...*, pp. 395 ss; LALIVE, P. A. , *Problèmes relatifs à l'arbitrage...*, op. cit. , p. 588; LIONNET, K. , *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 62.

<sup>450</sup> V. LIONNET, K. , *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 62: "...aus der Schiedsgerichtsvereinbarung ergeben sich auch prozeßrechtliche Verpflichtungen für die Parteien. Es wird von der Verpflichtung gesprochen, alles zu tun, um die Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens zu ermöglichen, und alles zu unterlassen, was den Zweck der Schiedsgerichtsvereinbarung, nämlich die schnelle Beilegung des Rechtsstreits, gefährden könnte". Salvo la posibilidad de oponer la sumisión de una controversia a arbitraje y la de solicitar

El efecto negativo, por su parte, implica la sustracción a los órganos jurisdiccionales estatales que serían competentes para ello, de no existir el convenio arbitral, del conocimiento sobre dichas controversias<sup>451</sup>. Se trata de las dos caras de una misma moneda: la sumisión de controversias a arbitraje.

10. En definitiva, el consentimiento sería el fundamento de la competencia de los árbitros. De ahí que cuando se efectúe una reclamación ante los jueces estatales sobre la base de un crédito o de un contrato en relación con el cual existe un convenio arbitral, aquellos hayan de remitir a las partes al arbitraje<sup>452</sup>. En el ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo convenios generales de arbitraje, ese efecto negativo del convenio arbitral no se reconocerá de oficio por los Jueces estatales<sup>453</sup>. Es decir, de no efectuarse una alegación en tal sentido a instancia de parte, se entenderá que se ha producido una renuncia al arbitraje.

11. Por otra parte, si en este tipo de casos se permitiese la compensación ante los Jueces estatales, las partes se verían privadas de las ventajas del arbitraje en función de las cuales concluyeron en su día el convenio arbitral<sup>454</sup>. Dichas ventajas siguen teniendo relevancia para ellas, puesto que de no ser así, renunciarían expresa o tácitamente al arbitraje. Si admitiésemos la compensación en el

---

el reconocimiento y ejecución del laudo, no existen auténticos mecanismos jurídicos para exigir forzosamente todos estos comportamientos "leales".

<sup>451</sup> V. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Sobre el convenio de arbitraje...", *op. cit.*, p. 8; LIONNET, K., *Handbuch der internationalen...*, *op. cit.*, p. 63: "Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit die Partei autonomie ist". Como señala GARRO, Alejandro M. en "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America" (*Am. Rev. Int'l. Arb.*, 1990, p. 215), un convenio arbitral excluye la intervención de la jurisdicción estatal para adoptar una decisión respecto de la cuestión jurídica sometida a arbitraje con independencia de que la cláusula se refiera expresamente a dicha exclusión.

<sup>452</sup> Arts. II del CNY 1958 y VI del CG 1961. V. ESPLUGUES MOTA, C. A., "International Commercial Arbitration...", *op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>453</sup> V. ARTUCH IRIBERRI, E., *Derecho del comercio...*, *op. cit.*, p. 486 y AA. VV. (FOUCHARD...), *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 419.

<sup>454</sup> V. REINER, Andreas, "Aufrechnung trotz...", *op. cit.*, p. 117.



supuesto aquí planteado (= ante un Juez estatal con un contracrédito sometido a arbitraje), estaríamos llevando a cabo una ampliación de la competencia del tribunal estatal no deseada por las partes<sup>455</sup>.

12. De todo ello puede deducirse que en un escenario como el descrito, admitir que el tribunal estatal pudiera entrar a conocer de la compensación privaría de todo efecto y en último término, frustraría los fines del convenio arbitral.

13. En definitiva, entrar a conocer de la compensación cuyo contracrédito ha sido objeto de un convenio arbitral implicaría que un Tribunal estatal incompetente decidiera sobre la existencia del contracrédito con eficacia de cosa juzgada, lo cual no parece adecuado.

14. Así lo ha afirmado el *BGH* y lo ha hecho sobre la base de lo que ya había señalado el Tribunal Supremo suizo en una sentencia de 1897<sup>456</sup>.

15. Otro argumento a favor de la inadmisibilidad de la compensación en estos casos es el que se apoyaría en la protección de la confianza<sup>457</sup>. En última instancia, se vería afectada la seguridad jurídica.

Las partes habrían dispuesto libremente que las reclamaciones en torno a un determinado crédito o contrato tuvieran lugar en un procedimiento arbitral, con exclusión de la competencia de los tribunales estatales, por lo que podrían prever ante qué tipo de instancia habrían de defenderse. Dicha confianza se vería vulnerada si permitiésemos pasar por alto el convenio arbitral haciendo uso de la compensación de créditos, en lugar de de una demanda.

---

<sup>455</sup> BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 13. .

<sup>456</sup> *BGE*, 23 I, p. 781.

<sup>457</sup> V.REINER, A. , *"Aufrechnung trotz..."*, op. cit. , p. 119.

16. En el plano internacional, es aún más importante que las partes puedan prever ante qué instancias van a poder ser demandadas. En este sentido, son elocuentes las afirmaciones de BERGER: "*...Es digno de protección el interés existente en el ámbito internacional de una parte en no ser atraída ante un foro extranjero que ella no podía prever...*"<sup>458</sup>.

17. La posición aquí defendida valdría, con carácter general, para cualquier supuesto de sumisión del contracrédito a arbitraje. No obstante, ha de admitirse, con una parte relevante de la doctrina, que existen supuestos en los que la exclusión de los tribunales estatales para conocer de determinadas controversias sometidas al conocimiento de un árbitro se hace aún más clara. Es más, incluso algunos de los autores que no encontrarían obstáculo alguno para que un Juez estatal se pronunciase sobre un contracrédito sometido a arbitraje suelen excepcionar estos supuestos. Se trataría de los casos en que las partes sometieron el crédito que pretende hacerse valer en compensación ante los Jueces estatales a una instancia especializada<sup>459</sup>. Por ejemplo, cuando se tratase de un procedimiento de arbitraje *Fast-Track*<sup>460</sup>. También sería un supuesto en el que parece claro lo inadecuado de que un tribunal estatal se pronunciara sobre la compensación, aquél en el que el contracrédito se encontrara sometido a un arbitraje sectorial. O en aquellos casos en los que se dispuso expresamente que el árbitro decidiría conforme a la equidad<sup>461</sup>.

18. La principal objeción que se ha dirigido contra la inadmisibilidad de la compensación ante los Jueces estatales cuando se esté haciendo valer mediante la misma un contracrédito sometido a arbitraje toma como base razones de

---

<sup>458</sup> *Internationale Wirtschaftsgerichtsbarkeit*, op. cit. , p. 327.

<sup>459</sup> V. REINER, A. , "*Aufrechnung trotz...*", op. cit. , p. 112.

<sup>460</sup> V. BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , pp. 13 y 35 y KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 209.

<sup>461</sup> *Ib. id.* , p. 35.

economía procesal<sup>462</sup>. Considero que dichas razones no serían totalmente irrelevantes: es innegable que si el Juez ante el se ha hecho valer el crédito inicial se pronuncia en un mismo procedimiento sobre la compensación se evitaría una multiplicidad de procedimientos. Sin embargo, se trata de un argumento de menos peso que el que toma como fundamento la autonomía de la voluntad de las partes.

19. Por otra parte, vuelve a esgrimirse en este punto, un argumento que también alegan los partidarios de que el Juez de la demanda inicial entre a conocer de un contracrédito alegado en compensación sobre el que carecería de competencia judicial internacional: la privación de un derecho subjetivo<sup>463</sup>, por motivos procesales, en aquellos supuestos en los que la compensación operaría de acuerdo con la ley aplicable a la misma. Según estos autores, dicha privación sería incompatible con el carácter ancilar del Derecho procesal en relación con el sustantivo.

20. Desde mi punto de vista, esta supuesta "pérdida" estaría plenamente justificada dada la incompetencia de los tribunales estatales como consecuencia de la existencia de un convenio de arbitraje. Cada vez que se impide que un Juez estatal se pronuncie sobre un asunto por carecer de la necesaria competencia judicial internacional se está negando la posibilidad de que dicho órgano jurisdiccional entre a conocer de una cuestión material por razones procesales. De manera que, el respeto de las reglas de distribución de la competencia no debería escandalizarnos<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> V. BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 13; KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 211 y REINER, A. , "Aufrechnung trotz..." , op. cit. , p. 112.

<sup>463</sup> V. REINER, A. , "Aufrechnung trotz..." , op. cit. , p. 114. Este argumento también lo explica BAUMANN, H. en *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 13.

<sup>464</sup> En este sentido, por ejemplo, BERGER dice que el hecho de que, siendo la compensación materialmente posible, no entre en juego por motivos procesales, no debería sorprender ("*Die Aufrechnung im...*", op. cit. , p. 431).

21. Además, dicha pérdida no sería total si se permitiera al Juez estatal suspender el procedimiento mientras el órgano arbitral competente decidiese sobre la existencia del contracrédito. Esta sería una solución intermedia, puesto que por una parte, se respetaría la voluntad de las partes manifestada en el compromiso arbitral y por otra, al mismo tiempo, no se impediría que operase la compensación.

22. No obstante, la solución propuesta adolece de un peligro cierto: la posibilidad de que el demandado haga valer contracréditos ficticios o escasamente fundados con fines dilatorios. De ahí que hayan de tomarse ciertas cautelas. Por un lado, el Juez habría de fijar un plazo razonable para que el demandado solicitase el inicio del procedimiento arbitral. Transcurrido dicho plazo, la inactividad del demandado se interpretaría como una renuncia a la compensación anteriormente ejercitada. Nada impediría entonces, a dicho demandado plantear en el momento que considerase oportuno una demanda ante el órgano arbitral competente en reclamación del crédito que inicialmente hizo valer en compensación.

En relación con el crédito objeto de la demanda, el demandante debería poder obtener una decisión "dictada bajo reserva" que permitiese la ejecución provisional del mismo. En caso de que finalmente, se constataste la existencia del contracrédito, procederá condenar al demandante a la devolución de lo cobrado, así como a la indemnización que en su caso pudiese corresponder. Se trataría por lo tanto, de aplicar un mecanismo análogo a la *Vorbehaltssurteil* del § 302 de la *Zivilprozeßordnung* alemana<sup>465</sup>. Tal mecanismo está previsto para supuestos internos de incompetencia del Juez que conoce de la demanda inicial sobre el crédito de la compensación y no para coordinar un procedimiento estatal con un hipotético procedimiento arbitral.

---

<sup>465</sup> En este sentido se pronuncian SCHWAB, K. H. / WALTER, G. , en *Schiedsgerichtsbarkeit*, op. cit. , p. 23, n.marg. 14. En relación a los litigios internos, también LÜKE se mostraría partidario de una aplicación analógica del § 302 ZPO (en "*Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit*", op. cit. , p. 308).

23. La posibilidad de suspender el procedimiento estatal en el que se hizo valer la compensación con un contracrédito objeto de un convenio arbitral durante un plazo razonable y permitiendo que sea dictada una decisión provisional condenando al demandado, dejaría asimismo sin fundamento el argumento contra la admisibilidad de la compensación ante los jueces estatales en este tipo de casos que se apoya en la función de aseguramiento de la compensación<sup>466</sup>. La compensación podría seguir operando, aunque la contrapartida sería una cierta dilación del proceso iniciado ante el tribunal estatal.

24. Finalmente, se ha manejado otro argumento a favor de que los jueces estatales puedan entrar a conocer de la compensación aunque el contracrédito se encuentre sometido a arbitraje. Dicho argumento consistiría en mantener que, en la medida de lo posible, por principio, la competencia de los tribunales estatales no quede excluida, ya que toda exclusión de la misma implicaría una pérdida de la protección derivada de la existencia de una serie de instancias ante las que poder recurrir la decisión judicial<sup>467</sup>.

25. Se trataría de un argumento bastante débil, puesto que este tipo de consideraciones va en contra del fundamento mismo del arbitraje. Es obvio que, en ocasiones las partes pueden renunciar a ciertos caracteres propios de los procedimientos judiciales en aras de otra serie de intereses. Esto es, precisamente, lo que motiva la libertad de las partes para someter la decisión de determinadas controversias a simples particulares. Ya ha señalado el Prof. VIRGÓS SORIANO<sup>468</sup> que *"una cláusula arbitral significa de algún modo una renuncia a ciertas garantías jurisdiccionales que proporcionan los tribunales estatales"*.

---

<sup>466</sup> V. BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 13.

<sup>467</sup> V. REINER, A. , *"Aufrechnung trotz..."*, op. cit. , p. 119.

<sup>468</sup> "Nota a los Autos...", op. cit. , p. 218.

26. Como se ha destacado anteriormente, en el caso de que el demandado haga valer la compensación con un contracrédito sometido a arbitraje, el demandante que no desee renunciar al convenio arbitral debería denunciar la sumisión de la controversia a arbitraje (arts. VI CG1961 y 8 Ley Modelo UNCITRAL). En España el cauce procesal adecuado para ello es la declinatoria internacional (art. 39 LEC 1/2000).

27. De todos modos, ninguno de estos tres contra-argumentos es más convincente que los esgrimidos a favor de que se inadmita la compensación en este tipo de supuestos.

### **3.6. La compensación en un procedimiento de arbitraje cuando el convenio arbitral no es aplicable al contracrédito**

1. Cuando el demandado opone la compensación de créditos en un procedimiento de arbitraje y tanto el crédito inicial como el contracrédito estaban sometidos a un mismo convenio arbitral no existe obstáculo alguno para que el tribunal arbitral se pronuncie sobre el fondo de dicha compensación<sup>469</sup>. Simplemente, habrán de respetarse las normas que resulten aplicables en cuanto al momento del procedimiento en que la compensación puede hacerse valer y los requisitos formales para dicho ejercicio.

2. Sí que resultará problemático el supuesto en el que la compensación se haga valer por el demandado mediante un contracrédito que no haya sido objeto de sumisión a arbitraje. Es decir, el supuesto en el que el convenio arbitral no resulte aplicable al contracrédito. En ese caso, deberemos decidir si el árbitro puede o no entrar a conocer del fondo de la compensación de créditos.

---

<sup>469</sup> V. LIONNET, K. , *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 224.

3. No podemos descartar, en un plano teórico, que las partes hayan pactado expresamente la solución que consideran más adecuada en este tipo de situaciones. Incluso, si no lo han hecho de una forma clara, podría intentarse interpretar su voluntad al respecto plasmada en los términos del convenio arbitral<sup>470</sup>. Sin embargo, esto no suele ser lo más frecuente en la práctica.

4. Con carácter general, las que he denominado "cuestiones sobre la admisibilidad procesal de la compensación" habrían de resolverse conforme a la *lex fori*. El problema jurídico aquí, es determinar conforme a qué ley debería resolver el árbitro la cuestión planteada, habida cuenta de que en puridad, en el arbitraje internacional no existiría una ley del foro<sup>471</sup>.

5. La resolución de este problema pasaría por atender, en primer lugar, a lo que las partes hubieran dispuesto al respecto y, en segundo término, a lo previsto en el reglamento de procedimiento por el que se rija el procedimiento arbitral en cuestión. De faltar en ambos ámbitos una respuesta al respecto, será cuando se presente el problema de determinación de la ley aplicable referido.

6. Las leyes que en principio, son relevantes cuando nos encontramos ante un procedimiento de arbitraje internacional serían cinco<sup>472</sup>: La ley aplicable a la capacidad de las partes, la ley aplicable al convenio arbitral<sup>473</sup> ( conforme a ella se

---

<sup>470</sup> Como ha señalado SCHÜTZE, Rolf A. , en *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 2ª ed. , Beck's, Munich, 1998, p. 49, n. marg. 93, para interpretar un convenio arbitral pueden aplicarse las reglas generales de interpretación de los contratos.

<sup>471</sup> V. AA. VV. (VISCHER...), *Internationales Vertragsrecht*, 2ª ed. , Stämpfli, Berna, 2000, p. 517, n. marg. 135; BAUMANN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit. , p. 14; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. , "Las relaciones entre *forum* y *ius*...", op. cit. , p. 135.

<sup>472</sup> V. HULEATT-JAMES, M. / GOULD, N. , *International Commercial...*, op. cit. , p. 13 y AA. VV. (BERNSTEIN...) , *Handbook of Commercial...*, op. cit. , p. 560. No voy a explicar las diferentes normas de conflicto propuestas en la normativa internacional más que en aquellos casos en los que la argumentación lo requiera. Lo contrario excedería del objeto de este trabajo. Baste por el momento, con señalar que, salvo la ley aplicable a la capacidad en el resto de los casos existiría una amplia posibilidad de elección.

<sup>473</sup> En defecto de elección, esta ley suele ser la misma que la que rige el resto del contrato en el que se incluye una cláusula compromisoria (AA. VV. , *Handbook of Commercial...*, op. cit. , p. 561). V. art. VI. 2 CG 1961.

ha de dilucidar si nos encontramos ante un convenio arbitral válido y sus efectos (cuál es su extensión)), la ley aplicable a las cuestiones de procedimiento<sup>474</sup>, la ley aplicable al fondo de la controversia<sup>475</sup> y la ley aplicable a la ejecución del laudo.

7. Por un lado, existen autores que entienden que la respuesta al problema de si un árbitro puede pronunciarse sobre un contracrédito al que no resultaría aplicable el convenio arbitral debería buscarse en la ley aplicable al convenio arbitral (el *Schiedsvertragsstatut*). El fundamento de esta posición es que dicha ley sería la que decidiría sobre el alcance del convenio arbitral y sus efectos<sup>476</sup>.

8. Por otro, hay quienes mantienen que esta cuestión dependería de la ley que rige el procedimiento arbitral (*Schiedsverfahrensstatut*). Esto es, generalmente y a falta de elección, la ley del lugar del arbitraje (= criterio territorial). Esta es la postura defendida por GEIMER<sup>477</sup> y parece la posición más acertada. La ley que rige el procedimiento arbitral es la equiparable con la del foro para los árbitros a falta de una *lex fori* propiamente dicha<sup>478</sup> y como ya se ha puesto de manifiesto, en un procedimiento judicial, sería la ley del foro la que resolvería el problema.

---

<sup>474</sup> Si las partes no disponen nada al respecto, esta ley suele ser la del lugar del arbitraje (AA. VV., *Handbook of Commercial...*, op. cit., p. 561). Ello, a pesar de que tradicionalmente esta cuestión no era pacífica. La doctrina se encontraba dividida entre los partidarios de un criterio territorial puro (= aplicación de la *lex loci arbitri*) y los defensores de un criterio subjetivo (= ley designada por las partes). Estos últimos no podían eludir sin embargo la designación de la ley aplicable en defecto de elección. (V. LALIVE, P. A., *Problèmes relatifs...*, op. cit., pp. 610 ss. V. arts. IV CG 1961 y 19 Ley Modelo UNCITRAL). De acuerdo con este último precepto, si las partes no han determinado nada al respecto, el árbitro puede dirigir el procedimiento del modo que considere más adecuado. Los recursos se rigen por esta ley (me refiero a la ley aplicable al procedimiento arbitral) (v. CALVO CARAVACA, A. L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial...*, op. cit., p. 127).

<sup>475</sup> V. arts. VII CG 1961 y 28 de la Ley Modelo UNCITRAL.

<sup>476</sup> Esta es la opinión de HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1780, n. marg. 2374 y p. 1863, n. marg. 2498.

<sup>477</sup> En *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., n. marg. 3817.

<sup>478</sup> A favor BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 14.



9. En este tipo de supuestos (= aquellos en los que se ejercita la compensación en un procedimiento de arbitraje internacional con un contracrédito no sometido al convenio arbitral), la respuesta más adecuada sería la paralela a la que he propuesto en relación con el primer caso problemático (= el ejercicio de la compensación ante los Jueces estatales con un contracrédito sometido a arbitraje). Es decir, en estos casos, el árbitro no podría pronunciarse sobre la compensación al no estar comprendido el contracrédito en el acuerdo de sumisión a arbitraje<sup>479</sup>. Se trataría de un problema de competencia y, en arbitraje, ésta depende del campo de aplicación del convenio arbitral<sup>480</sup>. Sólo las partes pueden atribuir competencia a un tribunal arbitral<sup>481</sup> y sólo ellas pueden ampliarla<sup>482</sup>.

10. Esto mismo puede deducirse de las opiniones de diversos autores. Por ejemplo, SCHÜTZE<sup>483</sup> ha afirmado que: "*Fundamento de todo procedimiento de arbitraje es un convenio arbitral válido*". COE<sup>484</sup> también ha señalado que: "*The arbitrators derive their power from the arbitral agreement and the scope of their*

---

<sup>479</sup> A favor, GEIMER, R. (*Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit., p. 905, n. marg. 3817: "...Die Schiedsvereinbarung enthält nach h. M. die konkludente Absprache zwischen den Parteien, daß gegenüber einer im Schiedsverfahren eingeklagten Forderung die Aufrechnung mit einer nicht der Schiedsvereinbarung unterliegenden Forderung nicht beachtet werden darf"; HAUSMANN en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 1863, n. marg. 2498. También, aunque sin ocultar lo dudoso del problema, SCHLOSSER, P., *Das Recht der internationalen...*, op. cit., n. marg. 399: "...ist es zweifelhaft aber wohl anzunehmen, daß nach deutschem Recht eine Schiedsklausel auch ein prozessuales oder materielles Verbot enthalte, sich vor dem Schiedsgericht auf die Aufrechnung mit einer der Schiedsklausel nicht unterliegenden Forderung zu berufen". En relación a los litigios internos: LÜKE, Gerhard, "Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit", op. cit., p. 309. En contra, KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 214 y PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. D., *The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit., p. 353.

<sup>480</sup> Esto mismo en BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 20. V. RAMBERG, Jan, *International Commercial Transactions*, 2ª ed., Kluwer / Norstedts Juridik AB / ICC, Estocolmo, 2000, p. 79 ("...arbitrators do not possess a public function entitling them to resolve disputes ex officio but that the arbitration agreement constitutes the only basis for their function").

<sup>481</sup> Excepción hecha del denominado "arbitraje forzoso".

<sup>482</sup> BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 29.

<sup>483</sup> En *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, op. cit., p. 48, n. marg. 91.

<sup>484</sup> COE, Jack J., *International Commercial Arbitration*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997, p. 55.

*mandate is limited by its terms*". Y LIONNET<sup>485</sup> de una forma muy sencilla: "...El procedimiento de arbitraje se funda en un pacto entre ambas partes, el denominado acuerdo de sumisión a arbitraje (= "Schiedsgerichtsvereinbarung"). Del contenido de éste depende cómo un procedimiento arbitral va a desarrollarse". En el mismo sentido, aunque tal vez más contundente, al exigir una mención expresa, HOCHBAUM<sup>486</sup> ha dicho: "El objeto litigioso sobre el que el tribunal arbitral habría de decidir debe fijarse expresamente en el convenio arbitral"<sup>487</sup>.

11. De tal manera que podemos afirmar que, a falta de un convenio arbitral que afecte al contracrédito, el árbitro no estaría facultado para pronunciarse sobre la existencia del mismo que es lo que implicaría permitir que en estos casos se decidiese en el arbitraje sobre el fondo de la compensación<sup>488</sup>. El argumento esencial vuelve a ser aquí, por tanto, el respeto a la voluntad de las partes; fundamento de los procedimientos arbitrales. Como señalan HULEATT-JAMES / GOULD<sup>489</sup>, "...having agreed to the arbitration of a particular dispute, a party to the arbitration should not have to acquiesce in the inclusion in the arbitration of further

---

<sup>485</sup> *Handbuch der internationalen...*, op. cit. , p. 59.

<sup>486</sup> HOCHBAUM, Johann-Friedrich, *Mißglückte internationale Schiedsvereinbarungen*, Recht & Wirtschaft, Heidelberg, 1995, p. 127.

<sup>487</sup> También: BUDIN, Roger, "La suspension dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 416: "...l'arbitre est limité dans sa compétence par la portée de la clause arbitrale ou de compromis arbitral"; SZURSKI, Tadeusz, "Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal", *UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration*, Pieter Sanders, ed. , Kluwer, Deventer, 1984, p. 54; WACKENHUTH, Michael, "Zur Behandlung der rügelosen Einlassung in nationalen und internationalen Schiedsverfahren", *KTS*, 1985, p. 425: "...Versteht man die Schiedsgerichtsbarkeit generell...als Primat der Parteiewillens, basiert schiedsgerichtliche Zuständigkeit zur Streitentscheidung auf der Schiedsvereinbarung".

<sup>488</sup> Esto mismo afirma BERGER, K. P. (*Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit. , p. 323): "Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch muß in den Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung fallen" y en "Die Aufrechnung im internationalen...", op. cit. , p. 426: "...die Gegenforderung des Aufrechnenden ebenso wie die Klageforderung des Widerklägers der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unterliegen muß". Esta opinión ya se encontraba en MATSCHER, F. , "Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit...", op. cit. , p. 416: "Über Gegenforderungen soll das Schiedsgericht - infolge einer Aufrechnungseinrede oder einer Widerklage- nur dann entscheiden können wenn sie dem von der Schiedsvereinbarung erfaßten Rechtsverhältnis entspringen".

<sup>489</sup> *En International Commercial...*, op. cit. , p. 62.

*disputes which the other party may try to include in it, but which are outside the scope of the parties agreement”.*

12. En el mismo sentido, aunque en el ámbito del arbitraje interno, GIMENO SENDRA<sup>490</sup> ha afirmado que *“el recurso a la institución arbitral presupone siempre un acto voluntario de sumisión a ella de las partes en conflicto”.*

13. A mi juicio, admitir que un árbitro pudiese decidir sobre un contracrédito no sometido a arbitraje violentaría injustificadamente dicho fundamento consensual y en todo caso, implicaría la adopción de una decisión *ultra vires*<sup>491</sup>.

14. Por otra parte, además, el fin del convenio arbitral se frustraría, puesto que la decisión del árbitro sobre el contracrédito tendría en principio<sup>492</sup> carácter definitivo<sup>493</sup>.

15. Esta opinión es la que sirve de fundamento para la solución de la decisión de un tribunal arbitral austriaco<sup>494</sup> de 25.5.1956<sup>495</sup>. Ante este tribunal arbitral, el demandado hizo valer la compensación con un contracrédito no sometido al convenio arbitral. La decisión de dicho tribunal parece clara: *“...el tribunal solamente puede decidir sobre aquellos contracréditos hechos valer mediante compensación, para los que tenga atribuida competencia”.*

---

<sup>490</sup> *Derecho Procesal*, T. I, vol. 2, p. 619.

<sup>491</sup> V. GEIMER, R. , *Internationales Zivilprozeßrecht*, op. cit. , p. 905, n. marg. 3817: *“...wäre es ultra vires, wenn das Schiedsgericht aufgrund des Einwandes der Aufrechnung in der Sache über eine Forderung befinden könnte, für die die Parteien gerade nicht das Schiedsgericht “zuständig” machen wollte”.*

<sup>492</sup> Salvo que prosperase un recurso de nulidad ante la Justicia estatal.

<sup>493</sup> V. ROCA MARTÍNEZ, J. M. , *Arbitraje e Instituciones...*, op. cit. , p. 32.

<sup>494</sup> *Erkenntnis der Börse für landwirtschaftliche Produkte* (Viena).

<sup>495</sup> *JB*, 1957, p. 80.

16. Como afirma BERGER<sup>496</sup>, ésta es además, la solución que se deduciría del tenor del art. 19. 3 del Reglamento UNCITRAL.

En efecto, se ha puesto de manifiesto más arriba que en los supuestos en que resulte de aplicación dicho reglamento, sólo cabría oponer la compensación de créditos, bien por medio de reconvención o bien por medio de un mero mecanismo de defensa, con contracréditos derivados del mismo contrato que el crédito inicial.

17. La imposibilidad de que el árbitro se pronuncie sobre la compensación mediante la que se hace valer un contracrédito no sometido a arbitraje, dada la falta de competencia del mismo que implicaría dicha "no sumisión", parece también una postura coherente con las cautelas que se establecen en la normativa internacional sobre arbitraje con el fin de respetar al máximo el contenido del convenio arbitral. Por ejemplo, mediante la imposición de límites al derecho a modificar la demanda o la contestación a la misma (V. art. 20 Ley Modelo UNCITRAL: "...una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo del arbitraje separado"). No se entiende cómo algunos autores se muestran muy rigurosos en cuanto a este aspecto, mientras que no encontrarían obstáculos para admitir que un árbitro se pronunciase sobre la compensación con un contracrédito que excediese del ámbito de aplicación del convenio arbitral<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> En "Die Aufrechnung im internationalen...", op. cit. , p. 427 y en *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, op. cit. , p. 324.

<sup>497</sup> Me refiero a PELLONPÄÄ, M. / CARON, D. , (*The UNCITRAL Arbitration...*, op. cit. , p. 353 v. p. 392. En la primera de estas páginas, se muestran partidarios de que el árbitro entre a pronunciarse sobre contracréditos no incluidos en el convenio arbitral. Por el contrario, en la segunda, al referirse a la introducción por las partes de modificaciones a la demanda o a la contestación a la demanda afirman: "...where the arbitral tribunal has doubts about the compatibility of the purported amendment with the arbitration clause or agreement, it should, despite the general liberal spirit of Article 20, proceed with caution before accepting amendments...A court challenged on the ground of lack of jurisdiction is a concrete risk which may affect the validity and enforceability of an international arbitral award". Estos autores parecen olvidar, que ese mismo riesgo está presente cuando el árbitro se pronuncia sobre la compensación mediante un contracrédito que excede del ámbito de aplicación del convenio arbitral.

18. Se trata, además, de proteger el principio de confianza entre las partes, de acuerdo con el cual, al pactar la sumisión de una controversia a arbitraje, podrían contar con que sólo tendrían que defenderse en relación con un determinado crédito ante la instancia pactada.

19. En este sentido, RAESCHKE-KESSLER y BERGER<sup>498</sup> afirman que "... (no tomar en consideración) el interés del deudor del contracrédito, en no tener que defenderse en relación con el mismo, en contra de su voluntad, ante un tribunal arbitral no designado, supondría vulnerar el principio de proporcionalidad procesal" (más que el "principio de proporcionalidad" se vulneraría la legítima confianza de las partes en que se va a cumplir lo pactado y sólo en esa medida se encuentran obligadas)<sup>499</sup>. Este principio tendría aquí, más peso que el de economía procesal<sup>500</sup>.

20. Otro argumento interesante, a favor de una prohibición de la compensación en estos casos, lo propone BERGER en *International Economic Arbitration*<sup>501</sup>: si la existencia del crédito inicial está clara, se produciría la paradoja de que sobre lo que el árbitro tendría que decidir realmente sería sobre el contracrédito en relación con el cual las partes no habían previsto la sumisión a arbitraje.

21. La postura contraria a la que acabo de exponer puede resumirse en las siguientes afirmaciones de POUDRET<sup>502</sup>: "...ce n'est pas faire violence à la volonté des parties d'admettre qu'en soumettant une prétention à l'arbitrage, elles n'ont pas exclu que soit pris en compte dans cette procédure tous les moyens de

---

<sup>498</sup> En AA. VV., *Recht und Praxis...*, op. cit., p. 116, n. marg. 397.

<sup>499</sup> Y eso suponiendo que efectivamente el demandante sea "deudor" (Esto es, que efectivamente el contracrédito esté fundado).

<sup>500</sup> Así lo afirma BERGER, K. P. en *International Economic...*, op. cit., p. 466.

<sup>501</sup> Op. cit., p. 466.

<sup>502</sup> "Compensation et arbitrage", op. cit., p. 383.

*défense pouvant affecter la créance invoquée, notamment la compensation, comme le commandent l'application efficace du droit matériel et l'économie de la procédure*".

22. A la primera parte de esta cita (argumento: es preciso admitir la compensación sobre la base de su naturaleza jurídica como excepción, pues resultaría aplicable la conocida máxima de la doctrina francesa: "*le juge de l'action est le juge de l'exception*")<sup>503</sup>, podría responderse aduciendo que la compensación no es un "medio de defensa" (= una excepción) "cualquiera". Se trata de un mecanismo que permite introducir un nuevo crédito en el procedimiento sobre el que se va a resolver con carácter definitivo. De tal modo que, el árbitro habría de tener atribuida competencia sobre él, en la misma medida que en relación al crédito inicial. Dicha competencia debería derivar de la sumisión del contracrédito a arbitraje. Pero, habrían incluido el contracrédito en el convenio arbitral.

23. Respecto del varias veces referido argumento de la economía procesal (= admitiendo que el árbitro se pronuncie sobre la compensación en estos casos, evitaríamos una multiplicidad de procesos, lo cual justificaría la admisión de la compensación a pesar de no estar comprendido el contracrédito en el convenio arbitral)<sup>504</sup>, parece un argumento más débil.

24. La competencia de los árbitros deriva en primer término, de la voluntad de las partes antes que de motivos relacionados con la conexión entre contrarreclamaciones<sup>505</sup>. Debería primar el respeto de dicha voluntad, expresada en el convenio arbitral, y la protección de la legítima confianza de las partes en

---

<sup>503</sup> Argumento explicado por BERGER, K. P. en "*Die Aufrechnung im internationalen...*" *op. cit.* , p. 429. Este autor denomina la postura que toma como base este argumento "solución pragmática".

<sup>504</sup> Argumento manejado por KANNENGIESSER, M. N. en *Die Aufrechnung...*, *op. cit.* , p. 213.

<sup>505</sup> V. BAUMAN, H. , *Aspekte der Verrechnung...*, *op. cit.* , p. 9: "...die Kompetenz des Schiedsgerichtes lasse sich nur aus der Schiedsklausel- und nicht etwa aus einer Kompetenzattraktion - herleiten".

que sólo habrían de acudir a arbitraje en relación con los créditos a los que el convenio arbitral resulte aplicable.

25. GAILLARD<sup>506</sup> expresa esto de forma elocuente al afirmar: *"...aucune considération tirée d'une bonne administration de la justice ne peut suppléer l'absence de volonté des parties, émise au moment où elles structurent leurs relations contractuelles ou une fois le litige né, de voir leur contentieux tranché de façon globale. Il est permis de déplorer cette infirmité de l'arbitrage, mais il faut avoir conscience que cette infirmité tient à l'essence même de l'arbitrage, qui est de reposer sur la volonté...des parties"*.

26. Por otra parte, los autores que no encuentran obstáculo alguno para que el árbitro entre a conocer sobre la compensación, aunque no tenga atribuida competencia sobre el contracrédito, aducen que éste sería el mejor modo de asegurar que el derecho material a compensar quedaría salvaguardado frente a las posibles privaciones fundadas en razones de índole procesal (en este caso, la inaplicabilidad del convenio arbitral al contracrédito)<sup>507</sup>.

27. En mi opinión, este argumento no podría ser compartido porque en ocasiones, la efectividad de los derechos debe quedar supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos procesales (por ej. , el cumplimiento de las normas de competencia judicial internacional).

28. De todos modos, el problema que estos autores plantean podría superarse mediante la suspensión del procedimiento<sup>508</sup> hasta que el órgano jurisdiccional

---

<sup>506</sup> V. GAILLARD, Emmanuel, "L'affaire SOFIDIF ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)", *Revue de L'arbitrage*, 1987, p. 286.

<sup>507</sup> V. KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 213; POUDRET, J. F. , "Compensation et arbitrage", art. cit. , p. 365.

<sup>508</sup> El propio BGH hace referencia a esta posibilidad en su sentencia de 20.12.1956 (NJW, 1957, p. 591).

estatal que tenga atribuida competencia sobre el crédito de la compensación decida sobre su existencia.

29. Esta solución no se prevé en ningún precepto de las normas internacionales sobre arbitraje internacional. Tampoco en el Derecho internacional privado autónomo español.

30. Si podemos destacar su regulación en el art. 29 del Concordato suizo sobre arbitraje de 27.3.1969 (CIA)<sup>509</sup>, para los supuestos de arbitraje interno. De acuerdo con este artículo, si una de las partes hace valer la compensación sobre la base de una relación jurídica de la que el tribunal arbitral no puede conocer según los términos del convenio arbitral, cuando las partes no se pongan de acuerdo para ampliar la aplicación del acuerdo a esa relación jurídica, el árbitro puede suspender el procedimiento de arbitraje en curso<sup>510</sup>.

31. Este precepto ha sido criticado por la mayoría de los autores suizos<sup>511</sup>, dado que en torno al mismo surge un riesgo innegable: la posibilidad de que el demandado lo utilice con fines meramente dilatorios<sup>512</sup>. Especialmente, cuando la

---

<sup>509</sup> Este Concordato es una normativa uniforme sobre arbitraje, vigente en la mayor de los cantones suizos. No está en vigor, por ejemplo en Zurich.

<sup>510</sup> Explicado por BUDIN en *"La suspension de l'arbitrage..."*, op. cit., p. 416.

<sup>511</sup> V. GROSS, D., *Das rechtliche Schicksal...*, op. cit., p. 33.

<sup>512</sup> V. entre otros: AA. VV. (HONSELL...), *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn / Kluwer, Basel / Ginebra / Munich ( "...the unfortunate provision for set-off in Article 29 of the Concordat, as a result of which the conduct of arbitration proceedings could be "torpedoed" by raising a set-off plea" (p. 158, n. marg. 403); BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 29; BUDIN, *"La suspension de l'arbitrage..."*, op. cit., pp. 416 – 417; HABSCHEID, W. J., *Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2ª ed., Bâle, 1990, p. 259; POUDRET, J. P., *"Compensation et arbitrage"*, op. cit., p. 362; REINER, A., *"Aufrechnung trotz..."*, op. cit., p. 116: "...Eine Unterbrechung des Verfahrens über den Hauptanspruch und den Verweis des Beklagten auf das für die Gegenforderung zuständige Verfahren birgt natürlich die Gefahr der mißbräulichen Erhebung von Gegenforderungen, der Verschleppung des Verfahrens über die Gegenforderung und damit der Verschleppung bzw. Boykottierung des Verfahrens über die Hauptforderung in sich"; RÜEDE, Thomas / HADENFELDT, Reimer, *Schweizerisches Schiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 258 ss.



compensación se hubiese hecho valer en un momento tardío del desarrollo del procedimiento arbitral.

32. Así, HABSCHEID<sup>513</sup> ha afirmado la siguiente crítica: *"...Esta regulación es desafortunada. Induce a la parte demandada a la dilatación del procedimiento – por medio de la suspensión – a través de la alegación mediante compensación, de créditos a los que no resulta aplicable el convenio arbitral. El final de dicho procedimiento no podría ya preverse fácilmente"*.

33. JOLIDON es algo menos crítico al respecto. Este autor suizo defiende una postura intermedia: se muestra partidario del régimen de la suspensión previsto en el art. 29 CIA, aunque no niega la existencia del peligro de abuso del mismo por parte del demandado<sup>514</sup>.

34. Existen dos maneras de hacer frente al riesgo de maniobras dilatorias por parte del demandado, que servirían para acallar, en alguna medida, estas críticas<sup>515</sup>.

35. Una, que ya prevé el propio art. 29, consistiría en la fijación de un plazo razonable para que la parte demandada hiciese valer su contracrédito ante el órgano jurisdiccional competente<sup>516</sup>. Si, dentro de dicho plazo, el demandado no acudiera al Juez estatal competente sobre el crédito de la compensación, se entendería que habría renunciado a la misma y quedaría a salvo de hacer valer dicho crédito en el procedimiento correspondiente<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Schweizerisches Zivilprozeß-..., op. cit., p. 458, n. marg. 1243.

<sup>514</sup> JOLIDON, P., *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berna, 1984.

<sup>515</sup> Dichas críticas, por lo demás, estarían correctamente fundamentadas.

<sup>516</sup> En cuanto a que la fijación del plazo es un modo de evitar estrategias dilatorias del demandado v. BUDIN, *"La suspension dans l'arbitrage..."*, op. cit., p. 416.

<sup>517</sup> V. POUDRET, J. F., *"Compensation et arbitrage"*, op. cit., p. 259.

36. En segundo lugar, podría permitirse que se dictase una decisión provisional (*Vorbehaltssurteil*)<sup>518</sup> sobre el crédito inicial de cara a la ejecución provisional, a la espera de poder emitir un laudo definitivo<sup>519</sup>.

37. BERGER<sup>520</sup> propone que una tal ejecución provisional vaya acompañada de un depósito por parte del demandante equivalente a la cuantía del contracrédito.

38. Desde mi punto de vista, el depósito no sería una alternativa adecuada, puesto que sólo interesaría al demandante cuyo crédito fuese de una cuantía considerablemente mayor al del crédito de la compensación.

39. Lo que sí conviene es hacer una interpretación restrictiva de la solución prevista en el art. 29<sup>521</sup> y por tanto, en general, de la posibilidad de suspender un procedimiento arbitral por las razones aquí alegadas.

40. Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo suizo en una sentencia de 17.5.1990<sup>522</sup>. Según dicho Tribunal, la suspensión debería funcionar como un mecanismo excepcional<sup>523</sup>.

---

<sup>518</sup> Se trataría de una aplicación analógica de lo previsto en el Derecho Procesal interno alemán (concretamente, en el § 302 de la *Zivilprozeßordnung*) para el supuesto de que se haga valer la compensación ante un tribunal que no tuviese atribuida competencia sobre el contracrédito.

<sup>519</sup> A esta posibilidad se refieren SCHWAB, K. H. / WALTER, E., en *Schiedsgerichtsbarkeit*, op. cit., p. 156, n. marg. 156. También a favor de una aplicación analógica del § 302, Abs. 1 ZPO: HENN, Günter, *Schiedsverfahrensrecht...*, op. cit., pp. 151 – 152, n. marg. 361 – 362. En contra, REINER, A., *Aufrechnung trotz...*, op. cit., p. 116.

<sup>520</sup> BERGER, K. P., *International Economic...*, op. cit., p. 29.

<sup>521</sup> V. POUDRET, J. F., *Compensation et arbitrage*, op. cit., p. 376.

<sup>522</sup> BGE 116 Ia, pp. 154 y 160.

<sup>523</sup> V. BUDIN, *La suspension dans l'arbitrage...*, op. cit., p. 424.

41. Por otro lado, la decisión del árbitro en torno a la suspensión del procedimiento tendría importancia, ya que al resolver acerca de la suspensión éste estaría decidiendo sobre su propia competencia<sup>524</sup>. Es decir, si afirma que procedería suspender el procedimiento arbitral, mientras se pronuncia sobre la existencia del contracrédito, el órgano judicial competente estaría, asimismo, poniendo de manifiesto que no se considera competente para decidir sobre dicho crédito.

42. Tomando las dos cautelas a las que me acabo de referir, esta sería la solución más ajustada para el problema planteado<sup>525</sup>. No obstante, al elaborarse la Ley especial suiza de Derecho Internacional Privado (*IPRG*) no se incluyó en el Capítulo XII relativo al arbitraje internacional, una solución similar a la del art. 29 CIA para los supuestos de tráfico jurídico externo<sup>526</sup>. Por consiguiente, parte de la doctrina entendería que, en el arbitraje internacional, podría prosperar la compensación, a pesar de que el árbitro no tuviera atribuida competencia sobre el contracrédito en virtud del convenio arbitral suscrito por las partes<sup>527</sup>.

43. A mi juicio, el silencio legal podría interpretarse como que, simplemente, no se articula el mecanismo de la suspensión en el arbitraje internacional. Sin que ello suponga, necesariamente, que los árbitros podrían entrar a conocer sobre contracréditos en relación a los cuales no tendrían atribuida competencia.

44. Parece curioso que el art. 29 CIA se refiera a la excepción de compensación y no al ejercicio de la reconvención. Esto ha conducido a algún autor a mantener

---

<sup>524</sup> V. *ib. id.*, p. 259.

<sup>525</sup> En contra KANNENGISSER, M. N. (*Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, p. 210). Para él, la suspensión del procedimiento ante los árbitros sería un mecanismo "poco práctico". Hubiese sido deseable que este autor hubiese ofrecido una explicación más clara de esta afirmación tan críptica.

<sup>526</sup> V. GROSS, D., *Das rechtliche Schicksal...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>527</sup> V. RÜEDE, T. / HADENFELDT, R., *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, *op. cit.*, p. 260.

que la suspensión del procedimiento no sería posible si el demandado hiciera valer el contracrédito mediante reconvencción (BAUMANN)<sup>528</sup>.

45. Desde mi punto de vista, la excepción de compensación y la reconvencción merecerían aquí, un tratamiento análogo. Ello sobre la base del principio de igualdad: en ambos casos se estaría ejercitando la compensación de créditos, en los dos supuestos, el árbitro no tendría atribuida competencia sobre el contracrédito y tanto en uno como en otro, el demandado podría verse privado, por esta razón, del derecho a compensar que le reconocería la ley aplicable correspondiente. Es más, en algunas ocasiones, el demandado no elige libremente el cauce procesal mediante el que hace valer la compensación, sino que éste le viene impuesto por las normas de procedimiento aplicables.

46. Otro argumento que parece bastante débil, es aquél de acuerdo con el cual no debería impedirse la compensación por el hecho de que las partes no se refiriesen al ejercicio de la misma en el convenio arbitral, ya que éstas no podrían tener en cuenta este tipo de situaciones en el momento en el que concluyen el pacto de sumisión<sup>529</sup>.

47. Según lo previsto en el ordenamiento español, el demandante que no desee que el árbitro que esté conociendo del crédito inicial entre a conocer de la compensación ejercitada por el demandado mediante la que se hace valer un contracrédito no sometido a arbitraje, debería impugnar la competencia del árbitro<sup>530</sup>. El órgano arbitral estaría facultado para adoptar una decisión a este respecto.

---

<sup>528</sup> BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, op. cit., p. 5: "...Ein Beklagter, der lediglich eine nicht unter die Schiedsklausel fallende Widerklage erheben möchte oder muss, weil seine Gegenforderung die Hauptforderung übersteigt, kann keine Sistierung des Schiedsverfahrens bewirken".

<sup>529</sup> Planteado por BERGER, K. P., en *"Die Aufrechnung im internationalen..."*, op. cit., p. 429.

<sup>530</sup> V. RÜEDE, T. / HADENFELDT, R., *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, op. cit., p. 258.

48. En efecto, en la actualidad, la doctrina acepta la vigencia del principio "*compétence-compétence*" (= competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia)<sup>531</sup>.

49. Sobre todo, a partir de la elaboración del Convenio de Ginebra de 1961 y dado el contenido del art. 16 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Sin embargo, el convenio prevé la posibilidad de interponer el recurso de anulación del laudo por incongruencia.

50. También podría solicitarse la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo ante los tribunales estatales.

51. En el caso de que el árbitro se considere competente (cuando la declinatoria el demandante sea rechazada), el demandante podría hacer uso de los dos mecanismos que se acaban de mencionar: el recurso de anulación o la solicitud de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

52. Si el árbitro se hubiese pronunciado sobre la compensación a pesar de que el contracrédito no estaba sometido a arbitraje, habría adoptado una decisión *ultra vires*.

53. Ello podría servir de fundamento para un recurso de anulación del laudo por incongruencia ante los tribunales estatales del lugar del arbitraje o del Estado conforme a cuya ley se hubiese resuelto la controversia (art. IX, 1, c) CG 1961: "*...el laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria*"<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> Principio explicado en AA. VV. , (FOUCHARD...), *Traité de l'arbitrage...*, op. cit. , pp. 407 ss. y por FOUCHARD, P. en "Nota a la sentencia de la Corte de Casación (Francia) 1.12.1999, Société Métu System c. société Sulzer Infra", *Revue de l'arbitrage*, 1/2000, p. 98.

<sup>532</sup> V. RÜEDER, T. / HADENFELDT, R. , *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, op. cit. , p. 258. En todo caso, el análisis de si el árbitro se ha excedido de los márgenes que le marca el convenio

54. También se refiere al mismo motivo para la anulación el art. 36 de la Ley Modelo UNCITRAL).

55. Cabría una anulación parcial si fuese posible la separación de aquellas cuestiones sobre las que el árbitro decidió teniendo atribuida competencia para ello (art. IX, 1, c), *in fine*).

56. En España, este recurso de anulación habría de plantearse ante la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiera dictado el laudo (art. 46 Ley 36/1988, de Arbitraje)<sup>533</sup>.

57. En ese mismo caso (= el árbitro ha entrado a conocer de la compensación a pesar de su falta de competencia sobre el contracrédito), cuando se solicitase el reconocimiento del laudo arbitral, el demandante en el procedimiento arbitral de origen podría solicitar la denegación del mismo, por incongruencia, sobre la base del art. V, c) del Convenio de Nueva York de 1958 (*"...que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria"*).

58. Cabría un reconocimiento parcial, de tal manera que la decisión en torno al crédito inicial u otras cuestiones susceptibles de separación podrían quedar "salvadas" de esta denegación (art. V, c), *in fine*).

59. Si el recurso de anulación por incongruencia prosperó ante los tribunales estatales oportunos, dicha decisión también podría fundamentar la denegación del

---

arbitral no debe servir de excusa para entrar a revisar el fondo del laudo arbitral (v. BERG, A. van den, *The New York Convention...*, *op. cit.*, p. 313).

<sup>533</sup> V. CREMADES, Bernardo M., "España estrena nueva Ley de arbitraje", *RCEA*, 1988 – 89, p. 25.

reconocimiento y ejecución del laudo en el que se decidía sobre la compensación con un contracrédito no sometido a arbitraje (art. IX, 1 CG 1961)<sup>534</sup>.

60. Si finalmente no llega a conocerse de la compensación en el procedimiento arbitral en el que se habría planteado este supuesto problemático, quedaría a salvo la posibilidad de que el demandado acudiese ante el Juez estatal competente con el objeto de reclamar el pago del contracrédito<sup>535</sup>.

### **3.7. La compensación de créditos sometidos a órganos arbitrales diferentes**

1. El tercer problema que se plantea en torno a la compensación de créditos en el arbitraje internacional es el relativo a los supuestos en los que los créditos recíprocos han sido objeto de una sumisión a arbitraje, pero en virtud de convenios arbitrales distintos.

Imaginemos, por ejemplo, que el contracrédito hubiera sido sometido a un arbitraje sectorial o que ambos hubieran sido objeto de sumisión a arbitrajes institucionales diferentes.

Se tratará, como en el caso de los otros dos supuestos problemáticos, de determinar si el árbitro que está conociendo de uno de estos créditos puede entrar a conocer de la compensación con el otro.

2. Las partes podrían hacer referencia a la solución que consideran más adecuada para este tipo de situaciones al pactar la sumisión a arbitraje. De este modo, se podría determinar con mayor seguridad si al concluir el convenio arbitral, eran partidarias o no de la consolidación de varios arbitrajes ante un único árbitro.

---

<sup>534</sup> V. ARTUCH IRIBERRI, E., "El recurso de anulación...", *op. cit.*, p. 120; MULLERAT, Ramón, "La anulación del laudo arbitral", RCEA, 1995, p. 123.

<sup>535</sup> V. BAUMANN, H., *Aspekte der Verrechnung...*, *op. cit.*, p. 44.

Una previsión de este tipo podría ser conveniente en relación a créditos conexos<sup>536</sup>. Sin embargo, este tipo de previsiones no son comunes en la práctica.

3. En el caso de que las partes no prevean la solución al problema planteado al concluir el convenio arbitral o posteriormente, el árbitro no debería entrar a conocer de la compensación<sup>537</sup>. El motivo sería, nuevamente, que un árbitro sólo puede pronunciarse sobre aquellos créditos sometidos por las partes a su conocimiento.

4. El problema de la compensación con contracréditos sometidos a un procedimiento arbitral diferente del previsto respecto del crédito inicial se planteó ante la Cámara de Comercio Internacional, en el procedimiento arbitral Núm. 5971<sup>538</sup>.

Las partes en este asunto eran una compañía con domicilio en Suecia y dos sociedades domiciliadas en la antigua Yugoslavia. Entre ellas se habían concluido diferentes contratos y cada uno de ellos contenía una cláusula de sumisión de la controversia a arbitraje distinta. Dichos contratos eran tres: un contrato de *joint-venture* en el que se preveía un procedimiento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en París sometido a la ley suiza; un contrato de transferencia de *Know-how* sometido a arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en París que había de ser resuelto conforme al Derecho suizo; y por último, un contrato de suministro de bienes de equipo que contenía una cláusula compromisoria en virtud de la cual las partes se sometían al arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich. En este último caso, la ley aplicable al fondo habría de ser también, la ley suiza.

---

<sup>536</sup> V. KEUTGEN, E., "Conclusions...", *op. cit.*, p. 154.

<sup>537</sup> A favor: BERGER, K. P., *International Economic...*, *op. cit.*, p. 467.

<sup>538</sup> Publicado en *ASA Bulletin*, 1995, p. 728.



Se solicitó la apertura de un procedimiento de arbitraje en relación al contrato de *joint-venture* en París.

El tribunal arbitral entró a conocer de la compensación mediante la que se hacían valer créditos derivados de los otros dos contratos sobre la base de un argumento principal: los tres contratos que vinculaban a las partes constituirían una "unidad económica"<sup>539</sup>. Concretamente, el colegio arbitral afirmó que dada la estrecha relación entre los diferentes contratos podía hablarse de la existencia de un "*ensemble économique*" y que, por extensión, esta estrecha interdependencia económica implicaría la existencia de un "*ensemble légal*"<sup>540</sup>.

5: La opinión del tribunal arbitral en este asunto Núm. 5971 no parece acertada. El principal argumento en contra de la misma sería que, precisamente, la existencia de tres convenios arbitrales distintos sería una muestra de que las partes no concibieron los tres contratos como una "unidad económica". Es más, aunque *ex ante* no hubiera sido así y las circunstancias se hubieran modificado o bien la redacción de las tres cláusulas compromisorias distintas sea la obra de un abogado poco diligente, siempre cabría la posibilidad de que las partes mostraran su voluntad actual de consolidar los distintos procedimientos arbitrales mediante la sumisión tácita. Lo más que podríamos hacer sería afirmar que las partes fueron "poco hábiles" al pactar tres convenios arbitrales tan dispares en los diversos contratos que regulaban sus relaciones comerciales.

6. Entre los argumentos secundarios utilizados por el órgano arbitral en dicho asunto, se encontraría el relativo a la naturaleza jurídica de la compensación como excepción. De ello se deduce la aplicabilidad de la regla propuesta por la doctrina francesa "*le juge de l'action est le juge de l'exception*"<sup>541</sup>. Este argumento no sería

---

<sup>539</sup> ASA Bulletin, 1995, pp. 731 y 738, n. marg. 133.

<sup>540</sup> Explicado por BERGER, K. P. en "*Die Aufrechnung im internationalen...*", *op. cit.*, p. 428.

<sup>541</sup> V. ASA Bulletin 1995, p. 739, marg. 134.

convinciente porque la compensación de créditos no es una excepción "cualquiera". Se trataría más bien, de una especie de "reconvención oculta", puesto que el árbitro que conoce de la demanda inicial se pronunciaría sobre la nueva contrarreclamación introducida por el demandado en el procedimiento con eficacia definitiva<sup>542</sup>, para lo cual se precisa tener atribuida competencia. Dicha atribución faltaría en aquellos supuestos en los que el contracrédito contenga su propia cláusula arbitral y en ella se prevea un arbitraje distinto al del que se encontrase sometido el crédito inicial.

7. En todo caso, habremos de atender a la voluntad de las partes manifestada en los distintos convenios arbitrales. De manera que la posición que parece más adecuada en cuanto a este tercer supuesto problemático volvería a ser la misma que en el epígrafe anterior: el tribunal arbitral ante el que se opone la compensación con un contracrédito sometido al conocimiento de otro árbitro o colegio arbitral no podría pronunciarse sobre la misma. Carecería de la competencia necesaria a estos efectos.

Se trataría de nuevo, de respetar el principio de autonomía de la voluntad. Este principio constituye el fundamento del arbitraje (en él, se funda la competencia de los árbitros para decidir sobre una controversia con efectos definitivos). Esto es cierto tanto en el nivel interno como en el internacional. Sin embargo, en los supuestos de tráfico jurídico externo las partes tendrían que hacer frente a mayores costes si se vieran obligadas a defenderse ante instancias distintas a las previstas. En el arbitraje internacional se hace, pues, más importante la protección de las expectativas de las partes en cuanto a los procedimientos en los que podrían llegar a ser demandadas.

8. Por lo demás, valen aquí también los argumentos explicados en el epígrafe anterior.

---

<sup>542</sup> Salvo que prosperase un hipotético recurso de anulación.

9. En Derecho español, frente al intento del demandado de introducir un contracrédito al que no resulta aplicable el convenio arbitral relativo al crédito inicial, sino otro, la parte demandante podría hacer valer una declinatoria por incompetencia del tribunal arbitral. De no prosperar ésta o cuando lo considere oportuno, el demandante podría recurrir el laudo en anulación. También podría solicitar la denegación del reconocimiento y la ejecución por incongruencia ante los Jueces estatales.

## IV. CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

*"Aquí, es decisivo, que el crédito principal, es decir aquél contra el que se haya opuesto la compensación, se va extinguir a través de un acto del deudor sin contar con la voluntad del acreedor, mientras que la extinción del contracrédito se basaría en un acto del propio acreedor".*

WOLFF, Martin, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3ª ed. , Springer, Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1954, p. 93.

*"...la compensation, constituant une cause d'extinction (total ou partielle) simultanée des deux obligations, ne peut opérer que si elle est cumulativement admise par la loi de chacune des obligations".*

MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 6ª ed. , Montchrestien, París, 1998.

### 1. INTRODUCCIÓN: LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN AL DERECHO APLICABLE A LA COMPENSACIÓN INTERNACIONAL

1. Hasta este momento, nos hemos referido a los problemas relacionados con la "admisibilidad procesal" de la compensación en los litigios internacionales. En relación con este tipo de problemas (compensación y competencia judicial internacional sobre el contracrédito, compensación y cláusulas de elección de foro, compensación y sumisión a arbitraje internacional), al igual que sobre otras cuestiones de naturaleza "puramente" procesal (cauce procesal adecuado para hacer valer la compensación en el proceso, momento procesal oportuno, etc. ) existiría acuerdo en cuanto a la aplicación de la *lex fori*<sup>543</sup>.

Una excepción la constituiría el caso de la prohibición de compensar derivada de una cláusula de elección de foro en virtud de la cual se prorroga la competencia judicial internacional de un tribunal de un Estado distinto al que estuviere

---

<sup>543</sup> En virtud de la regla *lex fori regit processum*.

conociendo de la demanda inicial. A este respecto, como ya se ha señalado más arriba, habría autores que propondrían una calificación sustantiva del problema<sup>544</sup>.

2. Más discutida sin embargo, es la cuestión relativa a la ley aplicable a las cuestiones de fondo que plantea la compensación en los supuestos de tráfico jurídico externo. A esta problemática se va a hacer referencia a continuación.

3. En primer lugar, podríamos acudir a la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CV 1980), en busca de una regulación de los problemas que plantea la compensación en el ámbito internacional, atendiendo a la materia objeto de la regulación uniforme de la misma.

4. La aplicación de esta convención desde el punto de vista espacial depende de los criterios previstos en su art. 1 (*"La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: (a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; (b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante*). Como podemos observar, los criterios determinantes para la aplicación de la convención son: el establecimiento de las partes en diferentes Estados contratantes (criterio 1) o bien, la aplicación de la ley de un Estado contratante cuando el establecimiento de las partes se encuentre en diferentes Estados, sin que sea necesario que se trate de dos Estados contratantes (criterio 2).

5. Suponiendo que nos encontrásemos dentro del ámbito de aplicación de la convención de Viena, observaremos que la compensación de créditos no aparece expresamente regulada en ella. Teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 4 y 7 de dicha convención, habremos de determinar entonces, si nos encontraríamos

---

<sup>544</sup> V. *Supra* III. 2.5. §§ 34 ss.

ante una cuestión excluida de la misma o bien ante una cuestión "no expresamente resuelta" en dicha regulación.

6. En el primer caso, la consecuencia sería que habríamos de acudir a la normativa general del Derecho Internacional Privado español en materia de contratos<sup>545</sup> (= al convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19.6.1980 (CR); dado que éste se aplica sin condición de reciprocidad<sup>546</sup>).

7. En el segundo, habríamos de colmar la laguna regulativa<sup>547</sup>. Ello se llevaría a cabo de acuerdo con los principios generales en los que se basa la convención<sup>548</sup> y en última instancia, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado (art. 7. 2 CV 1980).

---

<sup>545</sup> V. KINDLER, Peter, "Sachmängelhaftung, Aufrechnung und Zinssatzbemessung: Typische Fragen des UN-kaufrechts in der gerichtlichen Praxis", *IPrax*, 1996, p. 16. En Alemania, a este respecto puede leerse la sentencia del *Landesgericht* de Munich de 20.3.1995 (*Jahrbuch für italienisches Recht*, T. IX, p. 198). En ella, se trataba de una empresa exportadora de productos cárnicos con domicilio en Italia que reclamaba el pago de un determinado suministro a la demandada con domicilio en Munich. Frente a dicha reclamación, la demandada opone la compensación sobre la base de que la mercancía habría sido entregada en mal estado. El Tribunal de Munich afirma expresamente en su decisión que, dado que el convenio de Viena de 1980 no regula la compensación por tratarse de una cuestión excluida de su ámbito de aplicación material, habríamos de acudir a las normas generales del Derecho Internacional Privado de los contratos. Esto es, en el caso alemán, a las normas de la *EGBGB* que recogen la regulación del convenio de Roma de 1980.

<sup>546</sup> En efecto, el carácter universal del convenio de Roma de 1980 se deduce de su art. 2. De acuerdo con este precepto: "La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante". V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 145.

<sup>547</sup> En cuanto al diferente tratamiento que merecen las cuestiones excluidas y las lagunas de la regulación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (CV 1980), v. STOLL, Hans, "Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des Einheitlichen Kaufrechts", *Festschrift Ferid*, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt a. M., 1988, p. 497.

<sup>548</sup> Entre estos principios, el art. 7. 1 CV 1980 se refiere expresamente a la internacionalidad de sus normas, al principio de unidad en cuanto a su aplicación y al principio de buena fe en el comercio internacional.

8. Desde mi punto de vista, como señala KINDLER<sup>549</sup>, la compensación de créditos sería una figura jurídica a la que la convención "no concierne".

9. Ello se deduciría del tenor literal del art. 4. De acuerdo con este precepto, la convención se aplica "exclusivamente"<sup>550</sup> a las cuestiones relacionadas con la validez del contrato y a los efectos que éste pudiera producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas. La compensación no podría incluirse en ninguno de estos dos ámbitos<sup>551</sup>. Aplicaríamos pues, las normas de conflicto del foro con el fin de determinar la ley aplicable a la compensación.

10. En el Derecho Internacional Privado español, no existe una norma de conflicto específica que regule la ley aplicable a la compensación de créditos. El convenio de Roma de 1980 no contiene un criterio de conexión especial en relación con ella. De acuerdo con lo previsto en el convenio, con carácter general, la ley aplicable al contrato rige los modos de extinción del mismo. De tal manera que, la compensación quedaría sometida, en principio, a dicha ley<sup>552</sup>.

11. En efecto, en el art. 10. 1, d) del convenio de Roma de 1980, relativo al ámbito de la ley aplicable al contrato se afirma lo siguiente: "*La ley aplicable al contrato en virtud de los arts. 3º a 6º y del art. 12 del presente Convenio regirá en particular:...d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo*".

---

<sup>549</sup> V. "Sachmängelhaftung, Aufrechnung...", *op. cit.*, p. 19.

<sup>550</sup> Este término deja claro que las materias referidas en el art. 4 constituyen una lista cerrada.

<sup>551</sup> Lo mismo mantiene STOLL respecto de la prescripción. Ésta sería una cuestión excluida de la regulación del convenio de Viena de 1980 que habría de ser resuelta de acuerdo con el ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto general de los contratos (V. STOLL, Hans, "Regelungslücken im Einheitlichen Kaufrecht und IPR", *IPrax*, 1993, p. 75).

<sup>552</sup> V. AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, Economica, París, 1991, p. 658, n. marg. 832; MARTINY en "Art. 32 EGBGB", *Münchener Kommentar*, 2ª ed., Munich, 1990, p. 1727, n. marg. 36.

12. La compensación de créditos no aparece expresamente citada en el precepto<sup>553</sup>. Pero, se acepta unánimemente que se encontraría comprendida entre dichos "modos de extinción"<sup>554</sup>.

13. La aplicación de la ley del contrato a la compensación respondería perfectamente al principio de unidad de régimen jurídico del mismo, que es uno de los principios inspiradores del régimen jurídico del convenio de Roma de 1980<sup>555</sup>.

14. El principio de unidad implica que en los supuestos de tráfico jurídico externo, todos los aspectos relacionados con un mismo contrato, desde su nacimiento hasta su extinción, deberían someterse a un mismo ordenamiento jurídico<sup>556</sup>. En el caso del convenio de Roma de 1980: dicho ordenamiento será el designado conforme a los arts. 3 a 6 y 12 del mismo.

15. Hoy en día, podemos afirmar que el principio de unidad es ampliamente aceptado en el ámbito del Derecho internacional privado de los contratos. Por ejemplo, son ilustrativas a este respecto las siguientes afirmaciones de BATIFFOL / LAGARDE<sup>557</sup>: "*La loi qui régit une obligation doit être compétente en principe pour déterminer ses causes d'extinction si on veut assurer l'homogénéité et la prévisibilité dans son régime*".

---

<sup>553</sup> La enumeración de materias a las que resulta aplicable la ley del contrato contenida en el art. 10 CR no sería una lista exhaustiva (v. DUTOIT, Bernard, "European Conflict of Laws: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts", *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, p. 59, n. marg. 51).

<sup>554</sup> V. DUTOIT, B., "European Conflict of Laws...", *op. cit.*, p. 61, n. marg 55 y 56. En el ámbito jurídico anglosajón, esto se utiliza como argumento para defender que la compensación tiene relevancia en el plano sustantivo y no únicamente en el procesal.

<sup>555</sup> De ahí precisamente que los modos de extinción de las obligaciones se sometan como regla general, a la *lex contractus* (V. MARTINY, D. en *Münchener Kommentar*, *op. cit.*, p. 1727, n. marg. 36).

<sup>556</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>557</sup> *Droit international privé*, 7ª ed., T. II, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, París, 1983, p. 350.



16. No obstante, todo ello no implica que el principio de unidad de régimen jurídico del contrato opere como un principio absoluto. Determinados aspectos de la relación contractual, como la capacidad de las partes, pueden precisar de una conexión especial por razones de política legislativa<sup>558</sup>. En otros casos, como el de la compensación de créditos, la aplicación del principio de unidad puede resultar problemática.

17. Según destaca VIRGÓS SORIANO<sup>559</sup>, la sumisión de los modos de extinción de las obligaciones a la ley del contrato de acuerdo con el art. 10. 1, d) del convenio de Roma de 1980 no plantearía problemas específicos en relación a las "causas internas de extinción" (pérdida o destrucción de la cosa debida, por ej. ). Sin embargo, las "causas externas" plantearían más problemas en relación con el principio de base: la unidad de régimen jurídico del contrato<sup>560</sup>. Entre ellas, se encontraría la compensación de créditos.

18. En efecto, la compensación constituiría un modo de extinción de créditos (= un subrogado del cumplimiento). Pero, su manera de operar hace de ella un mecanismo de extinción de las obligaciones especial: la extinción sería consecuencia de la concurrencia de créditos recíprocos. De tal manera que cuando los créditos se rijan por una misma ley, el principio de unidad tendría una virtualidad total: la compensación se regiría por dicha ley (= *Aufrechnungsstatut*)<sup>561</sup>.

---

<sup>558</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit. , p. 188. El principio de unidad sería un principio fundamental en el Derecho Internacional Privado de los contratos, pero, como vemos, no absoluto.

<sup>559</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit. , p. 198.

<sup>560</sup> Entre ellas a parte de la compensación de créditos VIRGÓS SORIANO se refiere a la confusión y a la prescripción liberatoria (*Ib. id.* , p. 198).

<sup>561</sup> Ya en DÖLLE, Hans , "Die Kompensation im internationalen Privatrecht", *RheinZ*, 13/1924, p. 38.

19. Sin embargo, en ocasiones, cada uno de los créditos que entran en juego en la compensación se regirá por una ley diferente en virtud de los criterios de conexión generales previstos en el Derecho internacional privado de los contratos (= en el convenio de Roma de 1980). En esos casos, se hará necesario determinar cuál de ellas sería la ley aplicable a la compensación, si habrían de entrar en juego ambas leyes o si sería más conveniente tomar en consideración algún otro criterio de conexión independiente de los créditos en presencia<sup>562</sup>.

20. Es criticable que todas estas cuestiones no se encuentren resueltas en el convenio de Roma de 1980. Esto ya ha sido puesto de manifiesto por algún autor.

21. Así, GAUDEMET-TALLON<sup>563</sup> ha señalado que si bien el punto de partida del convenio de Roma es y ha de ser el principio de unidad de régimen jurídico del contrato<sup>564</sup>, debería haberse previsto una solución expresa a los problemas que plantea la compensación de créditos en el marco de los conflictos de leyes. Al menos la solución del convenio de Roma debería haber sido más precisa a este respecto<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> V. MEYER- COLLINGS, "Aufrechnung und Internationales Privatrecht", ZAKDR, 1942, p. 235.

<sup>563</sup> V. GAUDEMET-TALLON, H. , "Le nouveau droit international privé des contrats (Commentaire de la convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", Rev. trim. dr. europ. , 17/1981, p. 269.

<sup>564</sup> "Il est logique d'assurer la nécessaire cohésion du contrat...", GAUDEMET-TALLON, H. , "Le nouveau droit...", op. cit. , p. 269.

<sup>565</sup> Por otro lado, esta autora lamenta que el convenio no se refiera a las distintas formas que la compensación puede adoptar: judicial, legal y convencional. Esta crítica no me parece adecuada. Demandar una norma específica relativa a la compensación judicial implicaría una transposición de las categorías del Derecho interno francés al marco, necesaria más universal, del Derecho Internacional Privado convencional. Este debe contener categorías más amplias de manera que quepa en ellas lo previsto en el mayor número posible de ordenamientos jurídicos. Por lo que se refiere a la compensación convencional, considero que sí sería cierto que al regularse la ley aplicable a la compensación, deberían tenerse en cuenta las especialidades de los pactos de compensar frente a la compensación legal.

22. En busca de una solución al problema de la determinación de la ley aplicable a la compensación, se explicarán a continuación a las distintas teorías en torno al criterio de conexión más adecuado en esta materia. Las teorías formuladas han sido muchas. Aunque todas ellas serán objeto de mención, se estudiarán con mayor atención las más verosímiles. Esto es, las que han tenido un mayor eco en la doctrina o la jurisprudencia, así como las que han encontrado un reflejo legal.

Éstas son tres: la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la alegación de la compensación, la teoría de la acumulación y la que defiende que la compensación habría de someterse a la *lex fori* (como correspondería a una calificación jurídico-procesal de la misma).

23. Aparte de los problemas jurídicos que plantea la compensación legal, se tratarán las especificidades que plantean los contratos de compensación desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Estos precisarían de un tratamiento jurídico diferenciado en el plano de los conflictos de leyes.

## **2. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN LEGAL: EN BUSCA DEL CRITERIO DE CONEXIÓN MÁS ADECUADO**

1. Cuando los créditos que son objeto de la compensación se rijan por una misma ley, no se plantearán problemas especiales desde el punto de vista del Derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales. La compensación se regirá por esa misma ley<sup>566</sup>: normalmente, la ley del contrato. Esto respondería claramente al principio de unidad de régimen jurídico de los

---

<sup>566</sup> V. BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international privé*, op. cit., p. 351; HAY, Peter, *Internationales Privatrecht*, Beck's, Munich, 1999, p. 194, n. marg. 116; EUJEN, H., *Die Aufrechnung im internationalen...*, op. cit., p. 93; KANNENGISSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 90; KROPHOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Mohr, Tübinga, 1997, p. 441; LEWALD, Hans, *Das deutsche Internationale Privatrecht*, Bernhard Tauschnitz, Leipzig, 1931, p. 280; MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 279, n. marg. 283 y en *Münchener Kommentar...*, op. cit., p. 1728, n. marg. 37.

contratos que inspira la regulación del convenio de Roma de 1980. Como ya he señalado anteriormente, conforme art. 10. 1, d) CR, con carácter general, los modos de extinción de las obligaciones se rigen por la ley que sea aplicable al contrato.

2. De cara a la valoración de los distintos criterios de conexión propuestos por la doctrina con el fin de formular una norma de conflicto adecuada en relación a la compensación de créditos, será necesario tener en cuenta entre otros, los siguientes tres criterios.

3. En primer lugar, los intereses de las partes. La toma en consideración de sus expectativas constituye un elemento fundamental del Derecho internacional privado de los contratos<sup>567</sup>. En la medida de lo posible, la solución al problema planteado ha de ser una solución "previsible".

4. En segundo lugar, la adecuación del criterio de conexión en cuestión con la naturaleza jurídica de la compensación. En contra de lo mantenido por la doctrina tradicional<sup>568</sup>, esto no debería implicar que las formulaciones del Derecho interno hayan de determinar la solución del problema en el ámbito conflictual<sup>569</sup>.

Hasta nuestros días, las soluciones propuestas para la compensación eran un reflejo de cómo se construía su régimen jurídico en el Derecho interno<sup>570</sup>. A la hora de diseñar una norma de conflicto para la compensación se atendía especialmente, al modo en que ésta se consumaba.

---

<sup>567</sup> V. LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, op. cit. , p. 20.

<sup>568</sup> Muchos autores han fundamentado el diseño de la norma de conflicto para la compensación de créditos sobre la base del modelo de compensación regulado en su Derecho interno. V. por ejemplo, algunos de los argumentos manejados por LEWALD, H. , *Das deutsche internationale...*, op. cit. , p. 281.

<sup>569</sup> V. AHLT, M. , *Die Aufrechnung IPR*, Diss. Regensburg, pp. 51-52; GRAF, Werner, *Die Verrechnung im Internationalen Privatrecht*, Diss. Zurich, 1951, p. 2.

<sup>570</sup> V. AA. VV. (VISCHER...) , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 507, n. marg. 1109.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la compensación en el Derecho interno no debería ser el elemento clave para la elaboración de una norma de conflicto adecuada para la compensación<sup>571</sup>. La ley aplicable a la misma no tiene por qué ser la ley del foro, sino que podría ser otra, con unos principios y formulaciones diferentes. De tal manera que, no sería lo más adecuado que con el fin de localizar dicha ley, se adoptase un criterio de conexión reflejo de categorías meramente internas.

De ahí que por "naturaleza jurídica de la compensación" hayamos de entender aquí aquellas notas características "comunes" atribuidas a la compensación en ordenamientos jurídicos diferentes.

5. En tercer lugar, pueden ser relevantes razones de orden práctico. Las soluciones del Derecho internacional privado no deberían complicar en exceso la labor del Juez encargado de resolver.

6. En mi opinión, sobre la base de lo previsto en el convenio de Roma en torno a los modos de extinción de las obligaciones y de las conclusiones deducidas de la ponderación de tales argumentos, podría afirmarse que la solución más adecuada desde la perspectiva del Derecho internacional privado español sería la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la alegación de la compensación por parte del demandado en un litigio internacional.

Sin embargo, esto no impide que hayan de tenerse en cuenta algunas de las críticas que han sido vertidas frente a esta postura, pues se trata de dar respuesta a un problema complejo.

---

<sup>571</sup> V. EUJEN, H., *Die Aufrechnung im internationalen...*, op. cit., p. 111.

Más de un autor ha llegado a afirmar que de los argumentos a favor y en contra de las dos propuestas principales (la teoría de la acumulación y la que se defiende en este trabajo) no podría extraerse una conclusión indubitada en cuanto a cuál sea la norma de conflicto más adecuada para la compensación internacional de créditos<sup>572</sup>.

## **2.1. La aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación**

1. De acuerdo con esta teoría, la compensación se regiría por la ley aplicable al crédito que pretende extinguirse mediante la oposición de ésta en un litigio internacional. Se trata de la posición mayoritaria en los ordenamientos jurídicos que adoptan el modelo germánico de compensación de créditos<sup>573</sup>.

2. El Tribunal Supremo suizo (BGE) viene manteniendo esta posición desde el año 1937<sup>574</sup>. En sus sentencias, este Tribunal se ha manifestado expresamente en contra de la otras teorías en torno a la ley aplicable a la compensación. En particular, contra la denominada "teoría de la acumulación"<sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> V. LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, op. cit. , p. 227 (este autor afirma que se trata de un tema que debería seguir estudiándose); AUDIT, B. , *Droit international privé*, op. cit. , p. 658, n. marg. 832: "...l'on peut hésiter entre une application cumulative des deux lois ou pour l'application de la loi de la créance à laquelle la compensation est opposé". Como vemos este último autor optaría por no pronunciarse por ninguna de las dos teorías dominantes en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental.

<sup>573</sup> V. BERGER, K. P. , *Der Aufrechnungsvertrag*, Mohr, Tubinga, 1996, p. 448; GÄBEL, J. K. , *Neuere Probleme zur Aufrechnung...*, op. cit. , p. 35; HAY, P. , *Internationales Privatrecht*, op. cit. , p. 194, n. marg. 116; KROPHOLLER, J. , *Internationales Privatrecht*, op. cit. , p. 441; LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, op. cit. , p. 224; MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, cit. , p. 284; SCHWIMANN, Michael, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed. , Manz, Viena, 1999, p. 57; VON BAR, Christian, *Internationales Privatrecht*, t. II, Munich, 1991, p. 399, n. marg. 547; WENGLER, Wilhelm, *Internationales Privatrecht*, T. II, De Gruyter, Berlín/ Nueva York, 1981, p. 1025, n. marg. 13.

<sup>574</sup> V. BGE 63, II, p. 384.

<sup>575</sup> Sobre la teoría de la acumulación v. *Infra* 2.2.

Este punto de vista se ha mantenido a lo largo de una jurisprudencia constante.

3. Dicha jurisprudencia ha servido como referente de la del propio Tribunal Supremo alemán (*BGH*).

4. En su sentencia de 22.11.1962<sup>576</sup>, el Tribunal alemán hizo una referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo suizo en la materia<sup>577</sup>.

5. El principal argumento que utiliza el *BGH* para fundamentar su posición es el basado en el principio de unidad de régimen jurídico del contrato. Según el Tribunal alemán, de acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, el efecto extintivo de la compensación sobre el crédito inicial (= función de pago de la compensación) debería depender de la ley que rige dicho crédito. De este modo, sin referirse expresamente al principio de unidad de régimen jurídico del contrato, podemos observar como éste se encontraría en la base de la aplicación de la ley del crédito objeto de la demanda inicial a la compensación.

6. Más recientemente, el Tribunal Supremo alemán ha vuelto a confirmar su jurisprudencia, al hilo de una sentencia sobre la compensación concursal de 11.7.1985<sup>578</sup>.

7. También es ésta la solución aplicada por los tribunales alemanes de primera instancia. Un buen ejemplo sería el de la sentencia del *Landesgericht* de Munich de 20.3.1995.

8. Dadas las características de la compensación en el Derecho interno de los Estados donde tiene su origen esta teoría<sup>579</sup> (= compensación mediante

---

<sup>576</sup> *BGHZ*, 38, p. 254.

<sup>577</sup> Concretamente, el *BGH* se refirió a una sentencia del Tribunal Supremo suizo de 26.6.1951 (*BGE* 77, II, p. 189).

<sup>578</sup> *BGHZ*, 95, p. 256.

declaración *ex parte* (= *Aufrechnungserklärung*) + eficacia retroactiva), el crédito que determina la ley aplicable se denomina en ellos crédito "principal" o "activo" (= *Haupt- o Aktivforderung*). Desde el punto de vista del Derecho internacional privado de otros Estados en los que la compensación no se regula de ese modo, esta denominación no sería la más adecuada.

9. Así ocurriría en Derecho español. El sistema jurídico español desconocería la distinción entre un crédito principal y otro secundario, así como entre un crédito activo y otro pasivo. La posición de los créditos en el modelo de compensación adoptado por el Código civil español sería *equivalente*.

10. Sin embargo, el hecho de que la denominación de esta teoría no pueda implantarse sin más en nuestro ordenamiento jurídico, no implicaría que el fondo de la misma no sea igualmente convincente en Derecho español que en Derecho alemán. Es decir, extrapolable al sistema de Derecho internacional privado español. Incluso, ésta sería la solución ideal en el ámbito jurídico anglosajón<sup>580</sup>.

11. La "equivalencia" entre créditos constituiría, en principio, un postulado de aquellos ordenamientos jurídicos en los que la compensación se concibe como una operación "automática". De tal manera que, fuera del proceso no podríamos distinguir entre un crédito principal / activo y otro secundario / pasivo. Sin embargo, como ya he señalado en otro lugar, en el marco de un litigio ante los tribunales españoles, la compensación no podría ser apreciada de oficio por el Juez. Una de las partes habría de alegarla: generalmente lo hará el demandado frente a la reclamación del demandante formulada en la demanda. Lo mismo ocurriría en el resto de los ordenamientos jurídicos que prevén el modelo de compensación automática. El crédito inicial será entonces, aquél cuya extinción

---

<sup>579</sup> Alemania y Suiza.

<sup>580</sup> El propio WOOD alude a la aplicación de la "*Creditor's Primary Claim*" (*English and International...*, *op. cit.*, p. 1120, n. marg. 23 – 3 ss.) como solución más adecuada en cuanto a la ley aplicable a la compensación de créditos.



pretende lograrse mediante el ejercicio de la compensación<sup>581</sup>. El presunto acreedor del contracrédito pretende de ese modo evitar el pago en efectivo del crédito cuyo cumplimiento se le reclama en la demanda inicial. Con ese fin, "sacrifica" el cobro en efectivo del crédito del que supuestamente se dice titular. La posición de los presuntos acreedores de ambos créditos en el proceso dejaría de ser entonces, "equiparable" y podría distinguirse el crédito pasivo del activo. El segundo se hace valer con el fin de eludir el pago en efectivo del primero. Cuál sea el crédito que se haga valer en primer lugar constituirá por tanto, un elemento decisivo<sup>582</sup>.

12. La principal razón por la que la compensación con créditos regidos por distintas leyes habría de someterse a la ley de aquél que pretende extinguirse mediante su oposición en un litigio internacional sería la propuesta por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia de 22.11.1962 anteriormente citada: el carácter fundamental en esta materia del principio de unidad de régimen jurídico del contrato. De ahí que se haya denominado en ocasiones, "teoría unitaria" (= "*unitarische Lösung*"<sup>583</sup>).

13. Como ya he señalado más arriba, este principio encontraría reflejo legal en el art. 10. 1, d) del Convenio de Roma de 1980. El crédito cuya extinción se pretende en primer lugar sería el crédito de la demanda inicial. Los modos de extinción del mismo se someten a la ley del contrato, en aras de la necesaria cohesión de su régimen jurídico. Un deudor no puede estar obligado al pago cuando la ley que rige el crédito adeudado lo considera extinguido<sup>584</sup>. Por

---

<sup>581</sup> V. KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la Ley suiza de Derecho Internacional Privado*, Schulthess, Zurich, 1993, p. 1296, n. marg. 47.

<sup>582</sup> V. AA. VV. (VISCHER...), *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 508, n. marg. 1113.

<sup>583</sup> V. *ib. id.*, p. 508, n. marg. 1111.

<sup>584</sup> En este sentido, v. LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 226: "...The law governing the performance of an obligation also governs the mode of its discharge. A debtor cannot be required to make payment when under the law governing his debt he is entitled to discharge it by a simpler and easier method".

consiguiente, la ley que sea aplicable al crédito que pretende extinguirse mediante la compensación debería prevalecer. De este modo, la función extintiva de la compensación adquiriría una especial relevancia en el ámbito conflictual<sup>585</sup>.

14. Con ello, se favorecería la posición del supuesto acreedor del crédito contra el que se dirige la compensación<sup>586</sup>. La razón para ello sería que, de prosperar la compensación, dicho acreedor no recibiría el pago en efectivo previsto<sup>587</sup>; ese era el objetivo principal de su reclamación (= su principal interés).

15. Por su parte, el supuesto acreedor del contracrédito hace valer la compensación "voluntariamente". "Libremente", pretende liberarse de su deuda sin tener que realizar la prestación. Intenta no pagar en efectivo mediante la renuncia a la correspondiente percepción de un pago en efectivo de su propio crédito. Sin embargo, la voluntad del supuesto acreedor del crédito principal al respecto no se tendría en cuenta<sup>588</sup>.

16. A este respecto, el autor alemán WOLFF<sup>589</sup> afirmaba: "...Aquí, es decisivo, que el crédito principal, es decir aquél contra el que haya opuesto la compensación, se va extinguir a través de un acto del deudor sin contar con la voluntad del acreedor, mientras que la extinción del contracrédito se basaría en un acto del propio acreedor..."<sup>590</sup>.

---

<sup>585</sup> Así lo afirma BERGER en *Die Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 449.

<sup>586</sup> V. MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 280 y en *Münchener Kommentar...*, op. cit., p. 1727, n. marg. 37.

<sup>587</sup> V. KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 441; VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 198; AA. VV. (VISCHER...), *Internationales Vertragsrecht*, cit., p. 508, n. marg. 111.

<sup>588</sup> V. WOLFF, M., *Das internationale Privatrecht...*, op. cit., p. 150.

<sup>589</sup> *Ib. id.*, p. 93.

<sup>590</sup> En el mismo sentido se pronuncia AHLT, M., en *Die Aufrechnung...*, op. cit., 1977, p. 41: (la teoría de la aplicación de la ley del crédito principal se justificaría sobre la base del siguiente argumento: "Denn die Gegenforderung erlösche mit Willen des aufrechnenden

17. La posición de quien reclama el cumplimiento del crédito principal no debería verse perjudicada como consecuencia de la aplicación de una ley distinta de la que resultaría aplicable a dicho crédito<sup>591</sup>.

18. Por lo tanto, esta teoría respondería principalmente, a la concepción de la compensación como subrogado del cumplimiento<sup>592</sup> (= como pago) que de uno u otro modo estaría presente en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Su formulación toma como base el hecho de que la compensación es la forma en que el deudor "paga" el crédito principal<sup>593</sup> y esto debería regirse por la ley del contrato.

19. Algunas de las objeciones que se han dirigido contra la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la oposición de la compensación son ciertas. Si embargo, no parecen tener el suficiente peso como para preferir alguna de las otras posiciones formuladas en cuanto a cuál sea el criterio de conexión más adecuado para determinar la ley aplicable a la compensación con créditos regidos por leyes distintas. Más bien al contrario, alguno de los argumentos que se esgrimen en contra de las otras propuestas me parece decisivo. A esto último me referiré más adelante.

---

*Forderungsinhabers, dem Willen des Aufrechnenden aber, seine eigene Forderung aufzuopfern", p. 44: "Denn schließlich verliert der Aufrechnungsgegner bei der Aufrechnung seine Forderung gegen seinen Willen, während es dem Aufrechnenden frei steht, ob er aufrechnen will oder nicht. Der Aufrechnungsgegner erscheint doch deswegen schutzwürdiger als der Aufrechnende". De nuevo en la p. 52: "...die Hauptforderung erlischt unabhängig vom Willen ihres Inhabers, der Aufrechnungsgegners, ohne daß dieser die Aufrechnenden geschuldete Leistung bekommt. Statt der geschuldeten Leistung erhält der Aufrechnungsgegner lediglich die Befreiung von seiner Schuld".*

<sup>591</sup> V. AHLT, M., *Die Aufrechnung im...*, op. cit., p. 52.

<sup>592</sup> Ya en DÖLLE, H., *"Die Kompensation im..."*, op. cit., p. 35.

<sup>593</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1122, n. marg. 23 - 11.

20. La principal objeción a la aplicación de la ley del crédito contra el que se compensa se apoyaría en lo insuficiente del argumento basado en el principio de unidad según lo formulan los defensores de la aplicación del crédito inicial.

La unidad de régimen jurídico del contrato implicaría que éste ha de regirse por la misma ley desde su nacimiento, hasta su extinción. En esto, todos los autores se mostrarían de acuerdo.

21. La divergencia se fundamentaría en el hecho de que el crédito inicial no sería el único que se extinguiría por efecto de la compensación<sup>594</sup>. La especialidad de este modo de extinción de las obligaciones contractuales consistiría precisamente en la extinción simultánea de créditos recíprocos. De tal manera, que tanto la ley aplicable al crédito inicial, como aquella por la que se rige el contracrédito deberían aplicarse en relación con la compensación.

22. La formulación del argumento basado en el principio de unidad efectuada por los defensores de la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación sería la más adecuada. Éstos no ponen en duda que el crédito contra el que se dirige la compensación no es el único que va a extinguirse por efecto de la misma. Sin embargo, el acreedor de dicho crédito perderá el pago en efectivo como consecuencia de la compensación y por ello, debería ser protegido frente a un potencial tratamiento más desfavorable que el que le daría la ley aplicable al crédito inicial en cuanto a su extinción.

La extinción del contracrédito sin embargo, operaría como consecuencia de un acto voluntario de su presunto titular, que pretende con ello evitar el pago en

---

<sup>594</sup> V. BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international...*, op. cit., p. 351 ("La compensation, en effet, n'a pas pour fonction d'éteindre une des obligations, mais les deux"); WOLF, Martin, *Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht*, Diss. Münster, p. 169 ("...Beide Parteien haben zunächst rechtlich und wirtschaftlich die Gleiche Position inne. Jede kann sich sowohl von ihrer Schuld befreien als auch Befriedigung wegen ihrer Forderung erreichen. Daß nun einer der Beteiligten die Initiative ergreift, ist eine Eigentümlichkeit, die dem deutschen System der Erklärungsaufrechnung erwächst"). Argumento explicado por LEWALD en *Das deutsche internationale...*, op. cit., p. 280.

efectivo del crédito objeto de la demanda. De ahí que se considere que la ley aplicable a este último crédito es la que debería determinar si se admite la compensación como causa de extinción del mismo.

23. Lo mismo cabe decir frente a quienes afirman que no existiría motivo alguno que justifique la preponderancia de la ley que rige uno de los créditos frente a la aplicable al otro<sup>595</sup>. De acuerdo con este punto de vista, quien hace valer el contracrédito, también sería un supuesto acreedor que dejaría de percibir el pago en efectivo de su crédito como consecuencia del efecto extintivo de la compensación.

24. Parece que sí existiría un motivo para dicho tratamiento diferenciado; el que se acaba de exponer: el presunto titular del crédito inicial podría verse privado de la prestación prevista sin mediar su voluntad en tal sentido.

Por el contrario, el contracrédito se extinguiría como consecuencia de la voluntad de su supuesto acreedor.

25. Como señala algún autor<sup>596</sup>, más que al hecho de que ambos créditos se extingan por efecto de la compensación, la solución de Derecho internacional privado al problema planteado debería resolverse atendiendo a los intereses de

---

<sup>595</sup> V. DÖLLE, H., *"Die Kompensation..."*, op. cit., p. 37. Argumento recogido por LANDO en: *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227 (*"In principle, the rules regulating the discharge of obligations embodied in the law governing the counterclaim are as worthy as are the rules of the law governing the principal claim"*). En mi opinión, aplicar la ley del crédito inicial en lugar de la ley aplicable al contracrédito no implicaría restar valor a las normas jurídicas contenidas en este último ordenamiento. Simplemente, se considera más adecuado aplicar a la compensación las reglas contenidas en la ley del crédito que pretende extinguirse mediante su ejercicio.

<sup>596</sup> V. AHLT, M., *Die Aufrechnung im internationalen...*, op. cit., p. 57. Imaginemos, por ejemplo, que la ley del crédito pasivo sólo exigiese que el contracrédito fuese líquido y exigible (ej. cuando ésta fuese la ley alemana, ex § 387 BGB), mientras que la ley del contracrédito requeriría estas condiciones respecto de los dos créditos (ej. si se tratase de la ley española, ex art. 1196, 4º C. c.) o que uno de los créditos derivara de depósito o comodato y la ley del crédito pasivo fuese el Derecho inglés, que, en principio, no prohibiría por este origen del crédito la compensación, mientras que el crédito activo se regiría por el Derecho español (prohibición ex art. 1199 C. c.)

las partes. Eso es precisamente, lo que fundamentaría la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación: la persona contra la que se dirige la compensación tendría un interés digno de protección en que se aplicase la ley del crédito inicial por los motivos alegados más arriba<sup>597</sup>.

26. En tercer lugar, se objeta que la teoría que defiende la aplicación a la compensación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante su ejercicio desconocería las prohibiciones de compensar previstas por la ley del contracrédito<sup>598</sup>.

27. Esto sería cierto. Sin embargo, no se trataría de un argumento concluyente para fundamentar la preferencia por otra de las teorías formuladas en esta materia. No parece que pueda ponerse en duda que la ley del contracrédito puede prever prohibiciones de compensar con un fundamento convincente, mientras que la ley del crédito principal por su parte, no pondría obstáculos a la compensación en esa misma situación. Por ejemplo, en el caso de créditos cedidos o en el supuesto de embargo de un crédito.

Sin embargo, las prohibiciones de compensar previstas por la ley del crédito contra el que se dirige la compensación son las que habríamos de considerar relevantes<sup>599</sup>. Éstas son las que prevé la ley del crédito objeto de la demanda inicial y el presunto acreedor de dicho crédito podría haber contado con su concurrencia.

Con las prohibiciones de compensar previstas en la ley del contracrédito no sucedería lo mismo. El supuesto acreedor de este último crédito (el demandado)

---

<sup>597</sup> V. *Supra* §§ 11, 14-17, 22 y 24.

<sup>598</sup> V. LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, *op. cit.* , p. 226.

<sup>599</sup> V. AHLT, M. , *Die Aufrechnung...*, *op. cit.* , pp. 63 ss. .

es quien mejor podría conocerlas. A pesar de que dichas prohibiciones, en principio, le protegerían frente a la pérdida del pago en efectivo, este acreedor habría optado por compensar.

28. Por otro lado, acumular las prohibiciones de compensar previstas por todas las leyes que entrarían en juego en un supuesto de compensación de créditos podría obstaculizar demasiado la eficacia de ésta.

29. En contra de la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación, también se aduce que esta posición haría demasiado hincapié en la función de pago de la compensación<sup>600</sup>. Desconocería sin embargo, otras de las funciones que se atribuyen a ésta. Especialmente, la función de aseguramiento frente a la insolvencia de la contraparte<sup>601</sup>.

30. La aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación sólo podría preverse una vez entablado el proceso<sup>602</sup>. De acuerdo con los autores que formulan esta crítica, una norma de conflicto que tuviese en cuenta dicha función habría de ser mucho más previsible. De ahí que, según ellos, sería necesario acudir a un criterio objetivo independiente de la ley de los créditos recíprocos.

31. No parece que esta crítica sea acertada, si tenemos en cuenta que aunque la previsibilidad es un elemento importante a la hora de formular una norma de conflicto adecuada, el efecto extintivo de la compensación no debería ser determinado con independencia de la ley que rige al menos uno de los créditos recíprocos.

---

<sup>600</sup> V. GRAF, W., *Die Verrechnung...*, op. cit., p. 91.

<sup>601</sup> V. EUJEN, H., *Die Aufrechnung im internationalen...*, op. cit., p. 121; KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., pp. 104 – 105.

<sup>602</sup> V. EUJEN, H., *Die Aufrechnung im internationalen...*, op. cit., 124; GÄBEL, J. K., *Neuere Probleme zur Aufrechnung...*, op. cit., p. 30; LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 226; WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1122, n. marg. 23 – 12.

32. Por otro lado, aunque quizá se trate de un argumento débil, la función de garantía sería más propia de la compensación convencional que de la legal y, como se destacará más adelante, para ésta existe una norma de conflicto especial.

33. Por último, hay autores que afirman que la aplicación de la ley crédito cuya extinción se persigue mediante la compensación no cabría en los ordenamientos jurídicos que no prevean la compensación mediante declaración. En puridad, en estos ordenamientos, no cabría distinguir un crédito principal / pasivo y otro activo<sup>603</sup>. Este tipo de afirmaciones es criticable por dos motivos.

34. En primer lugar, porque los argumentos basados en la regulación de la compensación prevista por el Derecho interno no parecen convincentes en general, de cara a resolver el problema planteado. La ley aplicable a la compensación no coincidirá necesariamente con la ley del foro. Por consiguiente, adoptar una solución de Derecho internacional privado tomando como fundamento la regulación de la misma en la *lex fori* desconocería la existencia de diferentes modelos de compensación y no sería, por tanto, plenamente satisfactoria.

35. Por otro lado, como se ha puesto de manifiesto más arriba, es posible distinguir cuál es el crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación en todos los sistemas jurídicos. Se trataría del crédito reclamado en primer lugar, cuyo pago en efectivo quiere evitar el demandado "sacrificando" para ello la prestación prevista en pago de su propio crédito (el contracrédito).

36. La teoría de los partidarios de la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación legal ha sido recogida por la Ley de Derecho Internacional Privado suiza (LDIP) de 18.12.1987

---

<sup>603</sup> V. WOLF, M., *Die Aufrechnung im...*, op. cit., p. 169.



(en vigor desde el primero de enero de 1989)<sup>604</sup>. En virtud del art. 148, II de dicha Ley, "En el caso de la compensación, la extinción de los créditos se rige por la ley del crédito cuyo pago se pretende mediante su ejercicio". De este modo, se consagra la opinión mayoritaria de la doctrina<sup>605</sup> y lo que venía afirmando el Tribunal Supremo suizo por medio de una jurisprudencia constante..

## 2. 2. La teoría de la acumulación

1. La teoría de la acumulación se originó en el marco del ordenamiento jurídico francés. Aún hoy se trata de la doctrina mayoritaria en Francia<sup>606</sup>. En otros Estados no ha encontrado tanta aceptación como la teoría de la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación. Sin embargo, tradicionalmente, también fue una postura defendida en Alemania aunque de forma minoritaria<sup>607</sup>. Asimismo, ha sido mantenida por algún autor suizo<sup>608</sup>.

2. En la actualidad, el caso más destacado entre los autores de ordenamientos jurídicos germánicos que defienden la teoría de la acumulación sería el del autor alemán BERGER, en su extensa monografía titulada *Der Aufrechnungsvertrag*<sup>609</sup>. En esta obra, este autor afirma que la teoría de la acumulación constituiría la mejor "solución de compromiso" (*Kompromißlösung*)<sup>610</sup>.

---

<sup>604</sup> También se trata de la solución incluida en la Ley de Derecho Internacional Privado checa (§ 13, II).

<sup>605</sup> De todos modos, en Suiza, también existen algunos defensores de la teoría de la acumulación. Por ejemplo, GRAF se encontraría entre los representantes de esta postura minoritaria (v. *Die Verrechnung im...*, op. cit. , p. 102).

<sup>606</sup> V. MAYER, P. , *Droit international...*, op. cit. , p. 482, n. marg. 749.

<sup>607</sup> V. DÖLLE, H. , "Die kompensation...", op. cit. , p. 38.

<sup>608</sup> V. GRAF, W. , *Die Verrechnung...*, op. cit. , p. 93. Este autor reconoce los problemas prácticos que la aplicación cumulativa de dos leyes podría ocasionar. Sin embargo, considera que se trataría de la solución más adecuada.

<sup>609</sup> Op. cit.

<sup>610</sup> V. *Die Aufrechnungsvertrag*, op. cit. , p. 473.

3. De acuerdo con la teoría de la acumulación, para que opere la compensación en los supuestos de tráfico jurídico externo, sería preciso que ésta fuese admisible como consecuencia de una aplicación cumulativa de las leyes de todos los créditos en presencia. Esta formulación sería el resultado en el plano conflictual, del modelo de compensación adoptado por el Derecho francés: la compensación automática<sup>611</sup>.

4. No todas las formulaciones de la teoría de la acumulación que se han llevado a cabo son idénticas. Algunos autores han defendido una acumulación parcial (*Teilkumulation*)<sup>612</sup>, en lugar de total. Por ejemplo, la aplicación cumulativa de los requisitos previstos por las leyes del crédito inicial y del contracrédito para que se considere que se da la situación objetiva de compensabilidad, pero no en cuanto a los efectos de la compensación (que se regirían por lo previsto en una única ley).

5. En estas páginas se hará referencia a la "teoría de la acumulación" en el sentido de "acumulación total"<sup>613</sup>. No obstante, una gran parte de las críticas que efectuaré serían igualmente extrapolables a las teorías de la acumulación parcial.

6. La teoría de la acumulación no negaría la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación<sup>614</sup>. Pero, añadiría algo más: afirmaría que además de ésta habría de ser tomada en consideración la ley del contracrédito. En eso consiste la mencionada aplicación "cumulativa".

---

<sup>611</sup> V. LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, op. cit. , p. 224.

<sup>612</sup> V. AHLT, M. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 37; GRAF, W. , *Die Verrechnung...*, op. cit. , p. 73; KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 107.

<sup>613</sup> Un claro defensor de la teoría de la acumulación total sería DÖLLE, como podría deducirse claramente de la siguiente afirmación: "...Untersteht aber jede Forderung einem anderen Statut, so erlöschen die Forderungen durch Kompensation nur, wenn alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, die jedes Statut für die Aufrechnung fordert" ("*Die Kompensation...*", op. cit. , p. 38).

<sup>614</sup> V. AHLT, M. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , pp. 50 – 51.

7. Desde el punto de vista de los defensores de esta tesis, el argumento más importante a favor de la acumulación sería el basado en la estructura de la compensación en el propio Derecho interno. Es decir, estos autores afirmarían que si la compensación opera *ex lege* (= automáticamente), ninguno de los créditos recíprocos habría de ser preferido sobre el otro en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la compensación<sup>615</sup>. Ambos créditos se extinguirían como consecuencia de la misma y por consiguiente, las leyes aplicables a ambos tendrían algo que decir al respecto<sup>616</sup>.

8. Así, por ejemplo, en el marco del Derecho internacional privado francés, MAYER<sup>617</sup> ha afirmado: *"...la compensation, constituant une cause d'extinction (totale ou partielle) simultanée des deux obligations, ne peut opérer que si elle est cumulativement admise par la loi de chacune des obligations"*.

9. En segundo lugar, esta teoría se fundamentaría en la doctrina francesa de la "neutralidad de intereses"<sup>618</sup>. De acuerdo con esta teoría, no debería darse un mayor peso a ninguna de las partes de la relación jurídica. Desde el punto de vista de los intereses en juego, ninguno de los presuntos acreedores debería ser objeto de una especial protección: sus créditos habrían de ser considerados equivalentes.

10. En palabras del autor alemán BERGER, *"La conexión cumulativa refleja la equivalencia de los créditos en el ámbito conflictual. En él, en principio, ninguno de*

---

<sup>615</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 469: *"Sie (la teoría de la acumulación) kann für die Anknüpfung der einseitigen Aufrechnung die entscheidende Schwäche der h. M., den Mangel einer überzeugenden Begründung, warum das Statut der einen Forderung den Vorzug vor dem der anderen genießen soll überwinden helfen"*. V. también, DÖLLE, H., *"Die Kompensation..."*, op. cit., p. 37.

<sup>616</sup> V. LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 226.

<sup>617</sup> MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 6ª ed., Montchrestien, París, 1998, p. 482, n. marg. 749.

<sup>618</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 451.

los créditos prevalecería sobre el otro<sup>619</sup>. Con ello se estaría mostrando partidario de la postura minoritaria en Alemania formulada en su día (en el año 1924) por DÖLLE.

11. Según este último autor, *"...la compensación no sólo produce la extinción del crédito principal, sino también del contracrédito..., de tal manera que sería arbitrario..., que la compensación se rigiera por una sola de las leyes aplicables a dichos créditos...Dado que se trata de la extinción de dos pretensiones, cada una debería quedar sometida al ordenamiento jurídico aplicable a su contenido en cuanto a si tal extinción se habría producido"*<sup>620</sup>.

12. En Suiza, esto mismo ha sido defendido por BUCHER<sup>621</sup>: *"Los dos créditos afectados por la compensación son equivalentes y son tratados igualmente a sus efectos; conceder a uno de ellos prevalencia, en el sentido de que los puntos jurídicos elementales relativos al mismo rigiesen también la extinción del contracrédito no estaría justificado. La calificación de uno de los créditos como crédito principal (= Hauptforderung) (cuya ley sería la aplicable a la compensación), y del otro como crédito de la compensación (cuya ley aplicable no sería tomada en cuenta en cuanto a la admisión de la compensación) podría ser en el caso concreto, arbitrario y venir determinado como consecuencia de la casualidad, incluso podría impedir el juego de ésta"*.

13. En tercer lugar, del hecho de que la compensación constituiría un mecanismo especial de extinción de las obligaciones los defensores de la teoría de la acumulación deducirían que ésta debería admitirse con cautela<sup>622</sup>.

<sup>619</sup> V. *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 469.

<sup>620</sup> V. *"Die Kompensation..."*, op. cit., pp. 37 ss.

<sup>621</sup> V. *"Les conventions d'élection..."*, op. cit., pp. 701 - 715.

<sup>622</sup> LANDO hace mucho hincapié en esta observación: v. *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227: *"As Set-off is a remedy to be administered with caution, the requirements of the two laws should be cumulated. Set-off should be allowed only when both laws permit it"* y en otro momento: *"Since Set-off is an usual means of debt-and-claim extinction, it should not operate until the*

A este fin (= precaución en cuanto a la admisión del efecto compensatorio), serviría mejor la teoría de la acumulación que cualquier otra. De acuerdo con ésta, se tendrían en cuenta los requisitos y las prohibiciones de compensar previstas por las leyes por las que se rigen tanto el crédito inicial como el contracrédito.

14. Ninguno de los argumentos referidos sería convincente. Respecto del primero de ellos, como ya he tenido ocasión de señalar más arriba, tomar como base el modelo de compensación del propio ordenamiento jurídico interno a la hora de diseñar la norma de conflicto aplicable a la misma no parece el sistema más adecuado. Incluso si aplicásemos los postulados de la teoría de la acumulación, sería posible que la *lex fori* no tuviera nada que decir sobre la admisibilidad de la compensación. Nada impediría por ejemplo, que de acuerdo con la norma de conflicto prevista en el art. 148. 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, resulte aplicable un sistema de compensación automática. Y ello, en este caso, en virtud de la teoría que sólo tiene en cuenta una de las leyes de los créditos en presencia: la de aquél cuya extinción se pretende conseguir mediante el ejercicio de la compensación.

15. Argumentar a favor de la teoría de la acumulación del siguiente modo: dado que la compensación es un mecanismo que opera automáticamente y ninguno de los créditos tiene una posición activa frente al otro, la ley de todos los créditos recíprocos en presencia debería ser aplicada para admitir la compensación, supondría incurrir en una petición de principio.

En efecto, mientras no determinemos la ley aplicable a la compensación no podremos saber si ésta opera mediante declaración de parte u *ope legis*. De modo que, diseñar la norma de conflicto en función de cómo funcionaría la compensación en nuestro propio Derecho resultaría menos justificado que atender

---

moment has come when both laws agree that it has taken effect" (p. 227). Argumento explicado por WOOD en *English and International...*, op. cit., p. 1122, n. marg. 23 - 12.

a los intereses de los presuntos acreedores. Esto es, al fin y al cabo, lo que sí tendrían en cuenta los defensores de la aplicación de la ley del crédito inicial.

16. Por otra parte, el carácter automático de la compensación no impediría distinguir el crédito contra el que ésta se dirige de aquél cuya extinción sin pago en efectivo, libremente querida por su presunto titular, provocaría a su vez la del crédito inicial recíproco. Con ello quiero poner de relieve, que de cara a la elaboración de una norma de conflicto adecuada para la compensación de créditos, lo fundamental no es el hecho de que todos los créditos recíprocos se vayan a extinguir. Lo más trascendente sería tener en cuenta si, dado el modo en el que opera la compensación en el seno de un litigio internacional, alguno de los presuntos acreedores tendría un interés digno de protección de cara a la determinación de la ley aplicable a ésta (de la cual depende en última instancia su admisibilidad).

17. Desde la perspectiva de los intereses en presencia, la posición del presunto acreedor del crédito contra el que se dirige la compensación no es equiparable a la de quien la ejercita. Aquél quedaría privado de su crédito sin pago en efectivo como consecuencia de un acto del otro. Ello, tanto en los sistemas en los que sería precisa una declaración de compensar como en los que ésta no sería necesaria porque la compensación funcionaría *ex lege*. En estos últimos, dicho acto consistiría en la oposición de la compensación en el proceso.

18. Por tanto, existen razones suficientes para defender que la ley conforme a la cual debe regularse la extinción del crédito de la demanda debería ser la ley aplicable al mismo. Sin necesidad de que se tenga en cuenta conjuntamente el ordenamiento jurídico por el que se rige el contracrédito.

19. Otro problema en relación con la teoría de la acumulación se plantea en el campo de sus efectos. La acumulación de los requisitos de las leyes del crédito inicial y del contracrédito en cuanto a la concurrencia de la situación objetiva de

compensabilidad no tendría por qué ser problemática. Sin embargo, la situación no sería tan sencilla de resolver cuando de acuerdo con una de estas leyes la compensación operaría *ex nunc*, mientras que en virtud de la otra sus efectos se desplegarían *ex tunc* (= eficacia retroactiva)<sup>623</sup>.

20. La doctrina ha resuelto este problema de dos formas distintas. Los partidarios más convencidos de las bondades de la teoría de la acumulación han afirmado que en este caso, una "aplicación cumulativa" significaría eficacia *ex nunc*. El *ex tunc* contendría el *ex nunc*, pero no viceversa<sup>624</sup>.

21. Así, de acuerdo con lo afirmado por GRAF<sup>625</sup>: *"Como consecuencia de la acumulación, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado deberían tenerse en cuenta solamente los efectos que fuesen menos amplios"*.

22. Ya DÖLLE<sup>626</sup> afirmaba: *"Cuando exista una regulación diferente en cuanto a la eficacia retroactiva de la compensación, debería admitirse únicamente una extinción ex nunc, puesto que dicha eficacia estaría contenida en el enunciado de acuerdo con el cual los créditos se extinguirían ex tunc"*.

23. Este tipo de afirmaciones corroboraría lo que ya ha puesto de manifiesto algún autor: la teoría de la acumulación sólo concede en apariencia una importancia equivalente a los créditos recíprocos. En realidad no sería así, ya que en definitiva, se estaría dando un mayor peso a la ley del crédito que menos favorece el efecto compensatorio<sup>627</sup>.

---

<sup>623</sup> Problema detectado, entre otros por LANDO (*International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227).

<sup>624</sup> V. AHLT, M., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 37.

<sup>625</sup> V. GRAF, W., *Die Verrechnung...*, op. cit., p. 111.

<sup>626</sup> DÖLLE, H., *"Die Kompensation..."*, op. cit., p. 44.

<sup>627</sup> V. KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., pp. 110 – 111. Para este autor este carácter "anticompensación" de la teoría de la acumulación constituiría su principal defecto: *"Die Kumulationstheorie ist nun aber geradezu aufrechnungsfeindlich, und dies spricht entscheidend gegen ihre Geeignigkeit"*.

24. Este sería un problema predicable en general, del método de la "aplicación cumulativa" para solucionar los conflictos de leyes. Como ha destacado FERRER CORREIA<sup>628</sup>, ese método prometería más de lo que realmente aporta. Prometería aplicar cumulativamente las dos leyes en presencia, pero al fin y al cabo daría lugar a la aplicación de una sola de ellas: la más rigurosa o restrictiva.

25. Otros autores han afirmado que en estos casos (= eficacia *ex tunc* v. eficacia *ex nunc*), no sería posible la acumulación, por lo que deberíamos decidir cuál de las leyes en presencia habría de ser aplicable<sup>629</sup>. Los partidarios de que la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación debería preferirse a la teoría de la acumulación, encontrarían aquí un claro argumento a favor de su posición<sup>630</sup>.

26. Además, a lo afirmado hasta ahora, podría añadirse que la teoría de la acumulación complicaría demasiado la labor del Juez encargado de conocer del litigio en cuestión. Éste habría de aplicar dos leyes<sup>631</sup>. En ocasiones, en ambos casos, se tratará de un Derecho extranjero. Esto chocaría con el ideal de sencillez que se predica de las normas del Derecho internacional privado<sup>632</sup>.

### 2. 3. La aplicación de la ley del foro

---

<sup>628</sup> En *Direito internacional privado. Alguns problemas*, 5ª reimpresión, Coimbra, 1997, p. 146.

<sup>629</sup> V. KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 106.

<sup>630</sup> V. LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227.

<sup>631</sup> V. GÄBEL, J. K., *Neuere Probleme...*, op. cit., p. 33; KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 108; LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 226: "It is an onerous task for a court to ascertain the tenor of two laws". Esto a pesar de que como afirma este mismo autor, es muy probable que la ley del foro fuese la aplicable a alguno de dichos créditos.

<sup>632</sup> V. AHLT, M., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 55.



1. La aplicación de la *lex fori* a la compensación de créditos es una teoría que tomaría como base la supuesta naturaleza jurídico-procesal de la compensación en los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona<sup>633</sup>. La compensación se regiría por la ley del foro, como consecuencia de una fiel toma en consideración de la regla: "*lex fori regit processum*".

2. Así, la formulación tradicional en *Common Law*, sería la que, aún hoy, puede leerse en las páginas de la obra de DICEY / MORRIS<sup>634</sup>: "*Set-off is of two kinds. It may be a claim of a certain kind which the defendant has against the claimant and which can conveniently be tried together with the claim against the defendant. The question whether a Set-off of this kind can be raised in an action is one of procedure for the lex fori. A Set-off may, on the other hand, amount to an equity directly attaching to the claim and operate in partial or total extinction thereof; an example is the compensation de plein droit of French law. The question whether a Set-off of this kind exists is one of substance for the lex causae, i.e. the law governing the claim which the defendant asserts has been discharged in whole or in part*".

3. No obstante, el carácter meramente procesal de la *Set-off* en el Derecho anglosajón es una cuestión muy discutida. Sobre todo, por lo que respecta a la *Equitable Set-off* y a la compensación en los procedimientos de insolvencia. Así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, GOODE<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup> V. GOODE, R. M., *Legal Problems...*, op. cit., p. 139.

<sup>634</sup> *Conflict of Laws*, t. I, Stevens, Londres, 2000, p. 168.

<sup>635</sup> "On of the most crucial questions...is whether equitable Set-off is, as I shall assert, a purely procedural shield or whether it operates as a substantive defence to the plaintiff's claims" (v. *Legal Problems...*, op. cit., p. 132). V. también, WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1121, n. marg. 23 - 7: "Set-off is not primarily a procedural convenience to avoid circuitry of action although the objectives of judicial economy are present".

4. Aún dejando a un lado esa polémica, lo cierto es que desde la entrada en vigor para Gran Bretaña del convenio de Roma de 1980, la aplicación de la *lex fori* a la compensación sería una posición indefendible.

El hecho de que tradicionalmente se haya considerado la compensación un instrumento meramente procesal no debería permitir eludir el cumplimiento del art. 10. 1 d) de dicho convenio, que se refiere expresamente al sometimiento a la *lex contractus* de los diversos modos de extinción de las obligaciones.

5. Es destacable, además, que ese mismo precepto contiene una referencia expresa a la prescripción. Mecanismo que plantearía el mismo problema que la compensación en cuanto a su calificación procesal desde el punto de vista del Derecho anglosajón.

6. Aún así, algunos autores señalan que, hoy por hoy, los tribunales anglosajones, seguirían aplicando la ley del foro a la compensación, sin entrar a discutir si lo que viene afirmándose durante años puede seguir considerándose vigente en la actualidad.

7. Así, WOOD se muestra partidario de la solución general al problema defendida en este trabajo, pero no cree que fuera la adoptada por los tribunales: *"In general, the availability and effect of Independent Set-off between solvent parties should be governed by the law of the claim which the debtor asserts has been discharged by the Set-off (which in the usual case will be the law of the creditor's claim), subject to any public rules of the forum and to particular circumstances, but there is no significant judicial authority and the English courts may conservatively apply the lex fori"*<sup>636</sup>.

---

<sup>636</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1119, n. marg. 23 - 1.

8. Por otra parte, de llevarse a cabo la aplicación de la ley del foro, se estaría solucionando este problema de conflicto de leyes de una forma bastante "formalista". No se atendería a lo previsto en los ordenamientos por los que se rigen ninguno de los créditos previstos. Lo cual es especialmente chocante en el caso de que al crédito inicial le fuese aplicable la ley de la autonomía. Se estarían desatendiendo, así, los intereses de los presuntos acreedores.

9. La solución sería totalmente previsible, podría conducir a problemas de manipulación o *forum shopping*<sup>637</sup>.

#### 2.4. Otros criterios de conexión propuestos

1. Aparte de los criterios de conexión explicados hasta el momento, la doctrina ha propuesto otras soluciones en cuanto al diseño de una norma de conflicto para la compensación de créditos. Se exponen en último lugar debido a que ninguna de ellas resultaría convincente. Algunas se citarán a título meramente ilustrativo, puesto que carecen de vigencia actual, o bien porque resultarían demasiado "peregrinas".

2. En primer lugar, merece especial atención la teoría de la alternatividad propuesta por KANNENGIESSER en su tesis doctoral titulada *Die Aufrechnung im internationalen Verfahrensrecht*<sup>638</sup>.

3. De acuerdo con lo señalado por este autor, existiría un principio esencial de cara a la elaboración de una norma de conflicto para la compensación de créditos: el principio *favor compensationis* (*Aufrechnungsfreundlichkeit*)<sup>639</sup>. Éste se

---

<sup>637</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1121, n. marg. 23 - 9, "...as a general principle of modern conflict of laws, unless there is no convenient alternative, because it elevates the rules of the home forum above all others and might encourage forum-shopping".

<sup>638</sup> Op. cit.

<sup>639</sup> V. *ib. id.*, p. 93.

fundamentaría en el ahorro de costes que acompañaría a la compensación tanto por implicar una eliminación de pagos superfluos, como por contribuir a la economía procesal. Asimismo, este autor hace hincapié en lo importante que resultaría la función de aseguramiento que se atribuye a la compensación<sup>640</sup>.

4. Desde su punto de vista, todas las posiciones propuestas hasta nuestros días serían criticables en algún aspecto. Ninguna de ellas resultaría convincente, porque limitarían demasiado el juego de la compensación<sup>641</sup>.

5. Según KANNENGIESSER, lo más adecuado sería adoptar criterios que tuviesen en cuenta los intereses de las partes y la naturaleza jurídica de la compensación, sin que la solución resultante provocase demasiada incertidumbre (esta parte de su argumentación sí parece adecuada). De ahí que se la toma en consideración de las leyes de los créditos en presencia a la hora de formular una norma de conflicto adecuada en relación a la compensación.

6. KANNENGIESSER no se muestra partidario sin embargo, de ninguna de las dos soluciones mayoritarias que atienden a los créditos recíprocos. Esto es, ni a la aplicación de una de esas leyes solamente (en concreto, la del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación), ni tampoco de la teoría de la acumulación. En su opinión, ninguna de ellas favorecería lo suficiente el efecto compensatorio.

7. Este autor se manifiesta a favor de un criterio de conexión alternativo. En virtud del mismo, cuando los créditos recíprocos se rijan por leyes diferentes, se tomaría en consideración aquél que más favoreciese la compensación. Este juicio se dejaría en manos del tribunal competente en cada caso concreto.

---

<sup>640</sup> Todo ello en *Ib. id.*, p. 93.

<sup>641</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., pp. 110-111.

8. Desde mi punto de vista, el principio de favorecimiento de la compensación no encontraría apoyo legal.

9. A parte de ello, podría perjudicar a uno de los presuntos acreedores frente al otro. Concretamente, a aquél que reclama el crédito objeto de la demanda (= el presunto acreedor del crédito cuya extinción se persigue mediante el ejercicio de la compensación).

Precisamente, se ha señalado más arriba que la protección de este acreedor tendría un peso decisivo a favor de la teoría que parece más adecuada: la aplicación de la ley del crédito inicial / pasivo (*Hauptforderung*). Dicho acreedor perdería la prestación por el efecto extintivo de la compensación sin mediar su voluntad en tal sentido.

10. Una norma de conflicto como la propuesta por KANNENGIESSER podría conducir a la inaplicación de las prohibiciones de compensar previstas en la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación. De manera que, debería estar mucho más solidamente fundamentada.

11. Por otra parte, no parece que la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación sea especialmente limitativa de la misma.

12. Por el contrario, KANNENGIESSER sí estaría en lo cierto cuando afirma que la teoría de la acumulación puede reducir demasiado la operatividad de la compensación. En primer término, porque habrían de sumarse las prohibiciones de compensar de los dos ordenamientos jurídicos aplicables. En segundo lugar, puesto que en el caso de que la ley aplicable a uno de los créditos prevea la eficacia retroactiva de la compensación (por ej. , cuando sea la ley de un Estado que adopte el modelo de compensación francés o el germánico) y aquélla por la que se rige el otro crédito sólo le reconozca efectos *ex nunc* (así, en el caso de un

ordenamiento jurídico de un Estado escandinavo) la doctrina mayoritaria aplicaría lo previsto en esta última<sup>642</sup>.

13. Tampoco me parecería lo más adecuado que la aplicación alternativa de las leyes de los créditos recíprocos hubiera de quedar totalmente en manos del Juez. En lugar de esto, podría haberse propuesto la aplicación en primer lugar, de la ley del crédito inicial. Sólo en el caso de que de acuerdo con esta hubiera concurrido una prohibición de compensar, se aplicaría la ley del contracrédito. De este modo, en principio, la norma de conflicto hubiera concedido algo más de peso al crédito contra el que se dirige la compensación. Sería éste además, un criterio de conexión igualmente alternativo, pero que otorgaría una certeza mayor a las partes.

14. Por último, en contra de la "teoría de la alternatividad" propuesta por KANNENGIESSER, podría afirmarse que ésta resultaría problemática desde el punto de vista de su aplicación práctica. Tal y como se propone (= alternatividad en función de qué ley favorezca más la compensación a juicio del Tribunal competente), supondría una gran complicación de la tarea del juzgador. De tal manera que la crítica que se dirigía contra la teoría de la acumulación, en el sentido de que ésta no concordaría con el ideal de adopción de soluciones sencillas en el ámbito del Derecho internacional privado, no sólo podría dirigirse también contra la posición de KANNENGIESSER, sino que el problema práctico se acrecentaría. Además de tener que tomar en consideración dos ordenamientos jurídicos (en algunos casos dos Derechos distintos del del foro) el Juez habría de valorarlos con el fin de efectuar un juicio en cuanto a cuál de ellos puede considerarse el más proclive a la eficacia de la compensación.

15. Aparte de la teoría del criterio alternativo de KANNENGIESSER se han formulado toda una serie de soluciones de menor relevancia. La mayor parte de

---

<sup>642</sup> V. *Supra* IV. 2.2. §§ 19 ss.

estas "teorías menores" tomarían como base distintos criterios de conexión de carácter objetivo<sup>643</sup>.

En efecto, algunos autores han considerado que con objeto de determinar la ley aplicable a la admisibilidad de la compensación de créditos en los supuestos de tráfico jurídico externo, sería conveniente objetivizar los criterios de conexión.

16. De este modo, se pretendería por un lado, reducir la incertidumbre que conllevan los criterios de conexión subjetivos (= los que toman en consideración la voluntad de las partes).

17. Por otro, y gracias a la previsibilidad, estos autores entienden que los criterios objetivos tendrían en cuenta las funciones de la compensación diferentes del pago. En especial, su función de aseguramiento<sup>644</sup>. Esto es, la objetivización permitiría proteger las expectativas de compensar de la contraparte. De tal manera que respondería más adecuadamente a la pretendida naturaleza de la compensación como "derecho de prenda sobre el propio crédito" (= "*Pfandrecht an der eigenen Schuld*").

18. En primer lugar, se encontrarían las soluciones que atienden al momento del nacimiento de alguno de los créditos que entran en juego en la compensación. Históricamente, se propuso atender al momento del nacimiento del primero de los

---

<sup>643</sup> Como señala LANDO, los criterios de conexión objetivos no tendrían en cuenta los intereses o la voluntad de las partes en un determinado supuesto, sino que se construyen a partir de lo que se consideraría una "media" (= interés de un número relevante de sujetos en situaciones análogas), junto con posibles consideraciones de interés general o social (*International Encyclopedia...*, op. cit., p. 156).

<sup>644</sup> Así, EUJEN afirma: "*Wer im Vertrauen auf einer bestehenden Aufrechnungsmöglichkeit die eigene Forderung auf sich beruhen lasse, dürfe berechtigterweise erwarten, von den Gerichten vor der Inanspruchnahme durch die andere Seite geschützt zu werden*" (*Die Aufrechnung...*, op. cit., 128 ss.).

créditos recíprocos. Se aplicaría entonces, la ley de aquél de los créditos nacido en primer lugar<sup>645</sup>.

19. Esta posición ha sido retomada en la actualidad, por el autor alemán WOLF en su tesis doctoral titulada *Die Aufrechnung im Internationales Privatrecht*<sup>646</sup>.

20. WOLF apoya su teoría en dos argumentos. Por una parte, en las posibles manipulaciones a que se prestaría el resto de las soluciones propuestas.

21. Por otra, en la necesaria previsibilidad que requeriría la determinación de la ley aplicable a la compensación, dado el carácter esencial de la función de garantía que a ésta se atribuye.

22. Atendiendo al mismo dato (el momento de nacimiento de los créditos) se ha formulado una teoría similar a la anterior, pero de sentido contrario: la que propugnaría la aplicación del crédito nacido en último lugar<sup>647</sup>. Se trataría de la teoría defendida en el pasado en algunos sistemas jurídicos de raíz latina. El argumento principal a su favor habría sido la previsibilidad<sup>648</sup>.

23. Ninguna de estas dos posiciones sería convincente. El principal problema, que no parecen haber tenido en cuenta los defensores de la aplicación de los créditos nacidos en primer o último lugar sería que en muchas ocasiones los créditos recíprocos serán conexos desde el punto de vista contractual. Es decir, nacerían, del mismo contrato y por lo tanto, simultáneamente<sup>649</sup>.

---

<sup>645</sup> Explicado en GÄBEL (*Neuere Probleme zur...*, op. cit., pp. 30 – 31), junto con otras teorías de importancia menor.

<sup>646</sup> Op. cit.

<sup>647</sup> Según GRAF (*Die Verrechnung...*, op. cit., p. 68), esta teoría fue defendida por autores como DESPAGNET, LESCABLE, WEISS o BELLUCCI.

<sup>648</sup> V. KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 111.

<sup>649</sup> V. *ib. id.*, p. 114.



24. Además de este irresoluble problema práctico, no serían soluciones satisfactorias porque ambas responderían a un fundamento aleatorio que no permitiría valorar si ha de protegerse el interés de alguno de los presuntos acreedores afectados. Se trataría de criterios de conexión "casuales" de acuerdo con la terminología empleada por el VIRGÓS SORIANO<sup>650</sup>. Y por tanto, inadecuados.

25. Eso sí, serían criterios de conexión mucho más previsibles que los explicados hasta ahora, pero no por ello debemos considerarlos los mejores.

26. No existiría por tanto, justificación alguna para atender al momento de nacimiento de los créditos recíprocos salvo el deseo de proponer soluciones que reduzcan al máximo la incertidumbre. De cara al funcionamiento de la compensación lo relevante no sería cuándo nacieron los créditos, sino más bien cuál de ellos pretende extinguirse mediante su ejercicio. En todo caso, si de señalar momentos relevantes se tratase, lo importante sería cuándo se produce la concurrencia entre los créditos o bien la situación objetiva de compensabilidad.

27. En relación a las posibles manipulaciones a que podrían dar lugar los demás criterios de conexión propuestos, estos autores se limitan a efectuar la crítica, pero no la explicarían adecuadamente<sup>651</sup>.

28. Otra posición destacable sería la del autor alemán EUJEN. En su obra *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England*, este autor propuso una norma de conflicto para la compensación de créditos basada en un criterio de conexión objetivo: el domicilio del compensante

---

<sup>650</sup> V. AA. VV., (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 163.

<sup>651</sup> En este sentido, puede servir como ejemplo: WILD, Peter E., *Die Verrechnung im IPR – unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen und der US-amerikanischen Rechtsordnung –*, Diss., St. Gallen, 1992, p. 177.

(esto es, de la persona que propone la compensación en el proceso). La justificaba esencialmente sobre la base de la comparación de la compensación con las medidas de ejecución.

29. En aras de la protección de la expectativa de compensar del deudor conforme a la ley de su domicilio, se adoptaría el citado criterio de conexión, ya que éste sería el lugar dónde con toda probabilidad se perseguiría el pago de su crédito (= su ejecución)<sup>652</sup>.

30. Dos son los principales problemas que se detectan en la teoría de EUJEN<sup>653</sup>. En primer lugar, se trataría de un criterio de conexión "ficticio", por lo aleatorio. Ninguna razón de peso explicaría por qué en la compensación el domicilio del compensante ha de ser el factor decisivo a la hora de determinar la ley aplicable.

31. No sólo se trataría de un criterio que desconoce los intereses en juego, sino que tampoco refleja lo que en este trabajo viene denominándose "naturaleza jurídica de la compensación". Es decir, los rasgos comunes a la compensación en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

32. En segundo lugar, la aplicación de la ley del domicilio del compensante podría determinarse con tanta antelación que permitiría llevar a cabo manipulaciones con relativa facilidad<sup>654</sup>. Bastaría con modificar el domicilio para poder evitar el efecto compensatorio.

33. En cuanto a que otras soluciones desconocerían la función de garantía de la compensación, cabría afirmar que dicha función no podría hacer olvidar que el fin

---

<sup>652</sup> *Die Aufrechnung im...*, op. cit. , p. 127.

<sup>653</sup> Claramente en contra entre otros, MARTINY en *Münchener Kommentar...*, op. cit. , p. 1727, n. marg. 37.

<sup>654</sup> V. KANNENGIESSER, *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 115.

primero con el que la compensación se estaría haciendo valer en el proceso sería la extinción del crédito objeto de la demanda inicial. No podría por tanto, dejarse de tener en cuenta la ley aplicable a dicho crédito.

34. Por otra parte, autores como EUJEN no justificarían suficientemente hasta qué punto la teoría de la aplicación de la ley del crédito inicial estaría olvidando la función de aseguramiento de la compensación. Más aún, su punto de partida (= la concepción de la compensación como un derecho de retención o el derecho de prenda<sup>655</sup>) se encontraría actualmente superada en Alemania.

35. No ha faltado quien ha propuesto la aplicación única de la ley del contracrédito<sup>656</sup>. A este respecto, parece obvio que si bien una aplicación de dicha ley conjuntamente con la del crédito contra el que se dirige la compensación podría tener fundamento (= teoría de la acumulación), la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación no debería ser totalmente ignorada.

### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE LA COMPENSACIÓN

1. De lo señalado hasta ahora en torno al problema de la ley aplicable a la compensación de créditos (*Aufrechnungstatut*) se deduciría que, en definitiva, serían dos las principales teorías existentes en la actualidad a este respecto: la que defiende la aplicación del crédito contra el que se ejercita la compensación (teoría de la *Hauptforderung*) y la teoría de la acumulación. Por las razones expuestas más arriba, considero que entre las dos, la primera sería la más adecuada.

---

<sup>655</sup> V. EUJEN, H., *Die Aufrechnung im...*, op. cit., Pp. 124 y 128 ss (especialmente en la p. 130)

<sup>656</sup> Explicado por GÄBEL (*Neuere Probleme zur Aufrechnung...*, op. cit., p. 30). V. por ejemplo, CAMPEIS, G. / DE PAULI, A., *La procedura civile...*, op. cit., p. 49.

2. La ley aplicable de acuerdo con la norma de conflicto que consideremos preferible entre las propuestas (en mi caso, la del crédito inicial) se aplicaría a los siguientes extremos: condiciones, consumación y eficacia de la compensación<sup>657</sup>.

3. En primer lugar, la ley aplicable a la compensación determinaría los requisitos para su admisión<sup>658</sup>. Por un lado, los que podríamos llamar requisitos "positivos". Es decir, aquellas condiciones cuyo cumplimiento sería necesario para la admisión de la compensación legal de créditos (= las condiciones de la situación objetiva de compensabilidad).

Por otro lado, dicha ley determinaría los requisitos "negativos" de la compensación legal (= aquellos que de no concurrir permitirían el juego de la compensación). Es decir, las prohibiciones de compensar previstas en la ley aplicable a la compensación. Del mismo modo, dicha ley decidiría si cabría una renuncia a la compensación.

4. En segundo término, la ley aplicable a la compensación regiría el modo en que se produce la consumación de ésta<sup>659</sup>. Es decir, si nos encontramos ante un modelo de compensación automática o mediante declaración *ex parte*, etc. Esta ley regularía el "ejercicio" de la compensación, pero no el momento procesal oportuno para hacerla valer. Como se ha señalado anteriormente, esto vendría determinado por la *lex fori*, ya que se trataría de una cuestión puramente procesal.

---

<sup>657</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 448; GRAF, W., *Die Verrechnung...*, op. cit., p. 70; LANDO, O., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 226; MARTINY en *Münchener Kommentar...*, op. cit., p. 1728, n. marg. 37; NUSSBAUM, Arthur, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübinga, 1932, p. 262; AA. VV. (VISCHER...), *Internationales Vertragsrecht...*, op. cit., p. 511, n. marg. 1119.

<sup>658</sup> V. KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la ley suiza...*, op. cit., p. 1294, n. marg. 41.

<sup>659</sup> V. KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la ley suiza...*, op. cit., p. 1296, n. marg. 46.

5. Por último, la ley aplicable a la compensación determinaría los efectos de la misma<sup>660</sup>. Entre ellos, tendrá una especial importancia el momento a partir del cual podríamos entender que la compensación produciría efectos extintivos. Dicha ley nos permitirá determinar si la compensación va a desplegar eficacia retroactiva (como en los modelos francés y alemán) o simplemente efectos *ex nunc* (sería el caso de los modelos anglosajón y escandinavo).

6. La existencia del contracrédito, así como su cuantía, se determinarían sin embargo, de acuerdo con la ley aplicable al mismo<sup>661</sup>. Lo mismo cabe decir respecto del crédito que pretende extinguirse mediante la compensación. Lo que ocurriría respecto de este último, es que de acuerdo con la teoría que defiendo en este trabajo, dicha ley coincidiría con el *Aufrechnungsstatut*.

#### 4. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN EN LA CESIÓN INTERNACIONAL DE CRÉDITOS

1. Con carácter general, existen dos posiciones doctrinales en cuanto a la ley aplicable a la cesión internacional de créditos<sup>662</sup>. En primer lugar, aquella según la cual la cesión habría de regirse por una única ley, la ley del crédito cedido, tanto

<sup>660</sup> V. *ib. id.*, p. 1296, n. marg. 48; LEWALD, H., *Das deutsche internationale...*, *op. cit.*, pp. 282-283.

<sup>661</sup> V. COESTER-WALTJEN, D., "*Die Aufrechnung...*", *op. cit.*, p. 37; KANNENGIESSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, p. 128; MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, p. 280, n. marg. 284: "*Bestand, Höhe und Fälligkeit der Aktivforderung...werden ihrem eigenen Statut beurteilt*". También en AA. VV. (VISCHER...) , *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, p. 511, n. marg. 1120.

<sup>662</sup> A estas dos posiciones, podría añadirse una tercera que destacamos sólo a pie de página dado que no casaría con el modelo español de cesión de créditos, en el que el negocio de cesión tiene un claro carácter contractual, a pesar de que pueda producir efectos jurídico reales. En Derecho español, nos encontraríamos claramente con que la cesión constituye un contrato traslativo (V. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cesión de créditos", *ADC*, 41/1988, especialmente, p. 1060). Por supuesto, ello no impediría que como consecuencia de una cesión se transmitiesen derechos reales. Pues bien, esta tercera teoría que destacamos aquí tiene origen anglosajón. De acuerdo con la misma, se aplicaría a todos los aspectos de la cesión la *lex rei sitae*, dado que ésta y los problemas que ella pueda plantear habrían de situarse en el campo de los *property rights* (v. MALATESTA, Alberto, *La cessione del credito nel diritto internazionale privato*, CEDAM, Padua, 1996, pp. 19 y 109 ss.)

por lo que se refiere a la validez del negocio de cesión, como a la transferibilidad del crédito. Esta ley, se dice, tendría una competencia casi "por naturaleza" en relación a la transmisión del crédito<sup>663</sup>.

2. En segundo lugar, se encontraría la teoría que ha sido acogida en el convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Es decir, aquella de acuerdo con la cual es preciso efectuar un fraccionamiento de la ley aplicable a los distintos aspectos que presenta la cesión de créditos, con el fin de solucionar de manera adecuada los problemas que ésta plantea desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado<sup>664</sup>.

3. Esta misma solución se contiene en el art. 145 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza<sup>665</sup>.

4. El convenio de Roma de 1980 sería la norma aplicable para designar la ley que rige los problemas relativos a la cesión internacional de créditos en el sistema de Derecho Internacional Privado español. En sus arts. 12 y 13, este convenio contiene las normas relativas a la transferencia de créditos mediante la cesión y la subrogación, respectivamente<sup>666</sup>.

5. Por lo que se refiere a la cesión, hemos dicho que el art. 12 del convenio recoge la segunda de las tesis apuntadas, es decir, el fraccionamiento de la ley aplicable. Así, de acuerdo con su tenor literal: "1. Las obligaciones entre el

---

<sup>663</sup> V. *Ib. id.*, p. 11.

<sup>664</sup> V. *Ib. id.*, p. 11; Von BAR, Christian, *Internationales Privatrecht*, t. II, Munich, 1991, p. 411.

<sup>665</sup> En efecto, de acuerdo con este art. , "*la cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par le parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation...les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession*".

<sup>666</sup> V. PLENDER, Richard, *The European Contracts Convention (The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts)*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 177.

cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la Ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue. 2. La Ley que rija el crédito cedido determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor". Es decir, el precepto distingue claramente, por un lado, los aspectos relativos a las relaciones jurídicas entre el cedente y el cesionario, que se regirán por la ley aplicable al acuerdo de cesión por ellos suscrito. Por otra parte, las condiciones que deban cumplirse para que la cesión pueda ser oponible al deudor, así como lo referente a las relaciones entre el cesionario y el deudor y el carácter liberatorio de la prestación realizada por el deudor se regirán por la ley aplicable al crédito cedido<sup>667</sup>.

6. El referido *depeçage* de la ley aplicable a la cesión de créditos responde a varias razones. En primer término, que las relaciones entre cedente y cesionario queden sometidas a la ley aplicable al contrato de cesión serviría para favorecer la posibilidad de que las partes configuren sus relaciones de acuerdo con su propia voluntad contractual. Por ello, a este respecto, se aplicaría en primer lugar la ley de la autonomía<sup>668</sup>, en virtud de las reglas generales para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales del convenio de Roma.

7. La aplicación de la ley del crédito cedido a la serie de cuestiones anteriormente citadas respondería a una idea tendente a la protección de la posición del deudor cedido. De acuerdo con la misma, el Derecho Internacional Privado, en materia de cesión de créditos, habría de adoptar una solución que permitiese que la situación del deudor no se viera perjudicada como consecuencia de la cesión<sup>669</sup>. En otras palabras, la cesión de créditos no habría de modificar la

---

<sup>667</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, op. cit., p. 197; KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie de droit et de jurisprudence, París, 1993, pp. 422 – 423.

<sup>668</sup> V. PARDOEL, Dorothée, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1997, p. 26.

<sup>669</sup> V. *ib. id.*, p. 240.

posición del deudor, como consecuencia de la solución de Derecho Internacional Privado establecida<sup>670</sup>. Es por ello que, el cedente y el cesionario no podrán pactar que todo lo relativo a la cesión se rija por una determinada ley, cuando la ley que rigiese el crédito cedido fuera otra<sup>671</sup>. Como se comprobará más adelante, esto tiene relevancia a la hora de determinar cual ha de ser la ley aplicable a la compensación en los supuestos de cesión de créditos.

8. Continuando con la solución prevista en relación con la ley aplicable a la cesión de créditos en el art. 12 del convenio de Roma, existen varias cuestiones que no aparecen expresamente resueltas. Por una parte, cuál sería la ley aplicable a los aspectos jurídico-reales de la cesión. En segundo lugar, qué ocurre en el caso de la cesión de créditos futuros. Y finalmente, la cuestión que más nos interesa desde el punto de vista del presente trabajo, cuál habrá de ser la ley a aplicar a la compensación en la cesión de créditos.

9. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, existen dos posturas doctrinales. En primer lugar, la de quienes sostienen que el art. 12. 2 del convenio de Roma, resultaría aplicable a los efectos jurídico-reales de la cesión de créditos. De tal manera que, éstos quedarían sin más, sometidos a la ley del crédito cedido<sup>672</sup>.

10. En segundo lugar, la de quienes entienden que la dimensión jurídico-real de la cesión quedaría fuera del ámbito de aplicación del convenio de Roma de 1980. No obstante, a pesar de ello, estos autores propondrían, en la mayoría de los casos, una aplicación analógica del art. 12.2 del convenio<sup>673</sup>. El Informe Giuliano /

---

<sup>670</sup> V. MALATESTA, A. , *La cessione del credito...*, op. cit. , p. 184.

<sup>671</sup> V. MARTINY, Dieter, *Münchener-Kommentar EGBGB*, t. 10, Beck, Munich, 1998, p. 1800.

<sup>672</sup> V. CARRILLO POZO, Luis, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 2000, p. 418.

<sup>673</sup> Posturas explicadas por el Tribunal Supremo holandés en su sentencia de 16.5.1997, *Brandsma v. Hansa*, NILR, 1998, p. 129.



Lagarde guarda silencio a este respecto, lo cual puede interpretarse como un elemento a favor de esta última teoría.

11. En cuanto al segundo problema indicado, el relativo a la cesión de créditos futuros, hay quien critica la solución del convenio en cuanto a que la transferibilidad de este tipo de créditos quede sometida a la ley crédito cedido.

12. El argumento que se utiliza a este respecto es la imprevisibilidad en relación con la ley aplicable: en el momento en el que se efectúa el acuerdo de cesión, no puede determinarse la transferibilidad de créditos futuros.

13. Si bien esto es cierto, parece que ello no sería justificación suficiente para someter la cuestión a la ley aplicable al pacto de cesión como pretenderían dichos autores<sup>674</sup>. En el art. 12 del convenio de Roma no se realiza ninguna distinción en relación a la transferibilidad de los créditos en función de su carácter futuro o no.

14. En tercer lugar, el art. 12 del convenio de Roma no contiene una referencia expresa a cuál sea la ley aplicable a la compensación en los supuestos de cesión de créditos. Nos referimos a aquellos casos en los que el deudor cedido opone la compensación al cesionario para evitar el pago del crédito cedido. No obstante, de lo previsto en el art. 10 del convenio, mencionado con anterioridad, en conjunción con el art. 12, ahora analizado, podría derivarse que la compensación en la cesión internacional de créditos habrá de quedar sometida a la ley del crédito cedido. Esto es, resultaría aplicable a este respecto lo previsto en el art. 12.2 del convenio.

15. La compensación opuesta por el deudor cedido con un crédito del que éste pudiera ser titular bien contra el cedente o bien contra el propio cesionario, es una

---

<sup>674</sup> V. Autores citados por el Tribunal Supremo holandés en su sentencia de 11.6.1993, *Caravan Centrum Zundert, Vromans y Rijckevorsel v. Kreuznacher Volksbank*, NILR, XLII/1995, p. 135. Dicho Tribunal prefiere en su sentencia la postura contraria, de acuerdo con la misma la transferibilidad de los créditos se rige por la ley aplicable a los mismos, con independencia de su carácter futuro o no.

cuestión que escaparía al ámbito de las relaciones cedente – cesionario a las que se refiere el art. 12.1 del convenio de Roma y que se rigen por la ley del pacto de cesión. Más bien se trata de una cuestión incluida entre las relativas a “*las relaciones entre el cesionario y el deudor*” y más concretamente a “*las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor*” a las que se refiere el art. 12.2.

16. En efecto, entre las “relaciones entre el cesionario y el deudor” habrían de considerarse incluidas las defensas que éste tenga frente al acreedor<sup>675</sup>. Lo cual incluiría situaciones como la compensación, el pago (“*el carácter liberatorio de la prestación realizada por el acreedor*”) o el incumplimiento por parte del cedente<sup>676</sup>. Es decir, que la ley del crédito cedido se aplicaría a los motivos por los que el cesionario puede exigir el cumplimiento al deudor, pero también a las razones por las que éste podría negarse al mismo. Entre ellas, se hallaría la extinción del crédito cedido por compensación<sup>677</sup>.

17. Esto se deduce también de lo afirmado en el Informe Giuliano / Lagarde. Según este informe, de acuerdo con el punto 2 del art. 12 del convenio de Roma

---

<sup>675</sup> V. PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, p. 1116; VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>676</sup> Se trata, por tanto, de la compensación así como de todas las excepciones que el deudor podría oponer al cesionario aunque no se discutiese el título de éste para reclamar. Éstas aparecen muy bien explicadas en PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, pp. 1116 ss. Como destaca este mismo autor, las excepciones que puede oponer el cedido frente al cesionario podrán derivar de la relación con el cedente (en virtud del principio según el cual el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo = *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat*) o bien de relaciones jurídicas con el propio cesionario. Entre las primeras, podemos destacar la posibilidad de oponer que el crédito no llegó a nacer respecto del cedente porque se trató de un negocio simulado; que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había quedado ya extinguido por pago, consignación, dación, condonación, novación, transacción, o compensación (esta última con los límites previstos por el art. 1198 del Código civil, detalladamente explicados por PANTALEÓN (v. también el prólogo a ROJO AJURIA, L.: *La compensación...*, *op. cit.*)), por cumplimiento de la condición resolutoria o del término final, así como por rescisión, redhibición o resolución del contrato fuente del crédito; que, con anterioridad a la cesión el crédito había prescrito, o que el deudor cedido había pactado con el acreedor originario una prórroga o aplazamiento, o un pacto de *non petendo*. Entre las segundas, se encontraría la compensación con un crédito que el deudor cedido pudiera tener frente al cesionario.

<sup>677</sup> V. MALATESTA, A., *La cessione del credito...*, *op. cit.*, p. 181.

se determinaría si existe o no un contrato entre el cesionario y el deudor cedido, así como cualquier cuestión sobre si las obligaciones del deudor han sido o no cumplidas. En definitiva, ello permitiría incluir en el ámbito del art. 12.2 CR la compensación, como mecanismo que afecta a la existencia del crédito cedido.

18. Otro argumento a favor de esta postura (= aplicación a la compensación en la cesión de créditos de la ley del crédito cedido) se apoyaría en que sobre la existencia del crédito cedido habría de decidir la ley aplicable al mismo<sup>678</sup>. Esto casaría, además, con lo previsto en el art. 10 del convenio de Roma en cuanto a los medios de extinción de las obligaciones. La compensación afecta a la existencia del crédito objeto de la cesión luego vendría regida por la ley aplicable al crédito a extinguir (= el crédito cedido).

19. Finalmente, la aplicación de la ley del crédito cedido a la compensación opuesta por el deudor respondería al principio, señalado más arriba, según el cual, las soluciones de Derecho Internacional Privado en esta materia, habrían de tener en cuenta que la cesión de créditos no debe modificar la situación jurídica del deudor (= *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet*). Es decir, si de acuerdo con la ley aplicable a la compensación (en este caso, la ley del crédito cedido que es aquél contra el que se opone el derecho a compensar) el deudor podía beneficiarse de los efectos de la compensación, este derecho habría de mantenerse a pesar de la cesión. Esto se consigue manteniendo la misma ley aplicable a la compensación dentro y fuera de los supuestos de cesión de créditos: la ley del crédito que pretende extinguirse mediante su ejercicio.

20. Así, además, se estaría poniendo de manifiesto como del convenio de Roma de 1980 se deriva que la ley aplicable a la compensación de créditos fuera de los supuestos de cesión, sería la que rige el crédito contra el cual la compensación se opone. De ahí que las cuestiones relativas a las condiciones de oponibilidad de la cesión del crédito al deudor se sometan a la ley aplicable al

---

<sup>678</sup> V. PARDOEL, D. , *Les conflits de lois...*, op. cit. , pp. 248 ss.

crédito cedido. Si el legislador convencional hubiera considerado más adecuada la teoría de la acumulación en relación con la ley aplicable a la compensación, hubiera debido realizar una mención diferente para la compensación en cesión de créditos (la aplicación cumulativa a la compensación en cesión de créditos de la ley del crédito cedido y del crédito opuesto en compensación). En lugar de ello, todos los aspectos relativos a las relaciones entre el cesionario y el deudor han quedado sometidos a la ley del crédito cedido, incluida la liberación del deudor por efecto de la compensación.

## **5. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN CONVENCIONAL**

1. Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno prevén otro tipo de compensación de créditos además de la que se conoce como "compensación legal". Esto es, de la que opera cuando concurren los requisitos previstos legalmente para que concurra la situación objetiva de compensabilidad. Se trata de la compensación convencional<sup>679</sup>, que se fundamenta en un acuerdo de voluntades (= contrato o pacto de compensación).

2. Una de sus ventajas consiste en que la compensación convencional podría jugar en aquellos casos en los que faltase alguna de las condiciones de compensabilidad previstas legalmente.

3. Además, en aquellos ordenamientos jurídicos que permiten operar a la compensación en los supuestos de insolvencia, se suele utilizar este tipo de compensación como un mecanismo de "garantía"<sup>680</sup>.

---

<sup>679</sup> Explicación de este tipo de compensación para el Derecho español en MASCARENAS, C. E. (dir. ), voz "compensación", *op. cit.* , p. 484.

<sup>680</sup> V. GOODE, R. M. , *Legal Problems...*, *op. cit.* , pp. 1, 4 y 152, entre otras.

4. Otra diferencia entre la compensación legal y la convencional consistiría en que el momento en el cual esta última comenzaría a desplegar sus efectos va a depender de lo señalado por las partes<sup>681</sup>.

5. La denominación de este tipo de acuerdos varía en los distintos ordenamientos jurídicos. Así, se llama *Aufrechnungsvertrag* en el ordenamiento jurídico alemán, *Contractual Set-off* en los sistemas anglosajones<sup>682</sup>, *compensation conventionnelle* en el Derecho francés<sup>683</sup> o *Verrechnungsvertrag* en el caso de la ley suiza<sup>684</sup>.

6. Estos pactos de compensar pueden constituir un contrato independiente o bien formar parte de otro contrato principal. En ambos casos, se plantearán problemas desde el punto de vista de los conflictos de leyes cuya resolución interesa al Derecho internacional privado. Ambos supuestos serán objeto de un estudio separado para tener en cuenta las peculiaridades que se plantean en cada uno de ellos.

7. Lo que ambos tendrían en común sería que no podría extrapolarse sin más la solución en cuanto a la ley aplicable a la compensación legal (el *Aufrechnungsstatut*). En esto estarían de acuerdo las doctrinas de los Estados de *Common Law* y la de los Estados de la Europa continental: la compensación convencional se regirá por su propia ley<sup>685</sup>.

### 5.1. La ley aplicable a los pactos de compensación independientes

---

<sup>681</sup> V. BERGER, Klaus Peter, *Der Aufrechnungsvertrag...*, p. 2.

<sup>682</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1126.

<sup>683</sup> V. BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international...*, op. cit., p. 351.

<sup>684</sup> V. art. 148 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza.

<sup>685</sup> V. LANDO, L., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227.

1. En la compensación convencional, a diferencia de lo que sucede en sede de compensación legal, no nos encontramos ante dos créditos recíprocos que se extinguirán en la cantidad concurrente cuando se den las condiciones de la situación objetiva de compensabilidad. La compensación operará, más bien, como consecuencia del acuerdo de voluntades de las partes relativo al efecto compensatorio.

2. Este contrato tendrá su propia ley aplicable, puesto que implica la existencia de un nuevo acuerdo<sup>686</sup>. Dicha ley habría de determinarse de acuerdo con las normas de conflicto generales, en materia de obligaciones contractuales<sup>687</sup>. Esto es, desde la perspectiva del Derecho internacional privado español, se aplicarían las normas previstas en los arts. 3 a 6 y 12 del convenio de Roma de 19.6.1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

3. Esta ha sido la solución objeto de regulación por Ley de Derecho Internacional Privado suizo. En efecto, el art. 148. III LDIP se refiere a la compensación convencional (*Verrechnungsvertrag*) y regula la ley aplicable a la misma del siguiente modo: "La novación, la condonación y la compensación convencional se rigen por las disposiciones de la ley aplicable a los contratos (arts. 116 ss)". Como podemos observar, la solución propuesta sería la misma en el caso de la novación (*Neuerung*) y de la condonación de deudas (*Erläss*)<sup>688</sup>.

4. Otro ejemplo a este respecto sería el del Proyecto UNCITRAL de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación<sup>689</sup>. En principio, el grupo de

---

<sup>686</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M., en AA. VV., (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, op. cit., p. 198.

<sup>687</sup> V. BATIFFOL, H. / LAGARDE, P., *Droit international...*, op. cit., p. 351; GÄBEL, J. K., *Neuere Probleme...*, op. cit., p. 167; KANNENGISSER, M. N., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 132; KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la ley suiza...*, op. cit., p. 1299, n. marg. 58; LANDO, L., *International Encyclopedia...*, op. cit., p. 227; NUSSBAUM, A., *Das deutsche Internationale...*, op. cit., p. 263; WOOD, P., *English and International...*, op. cit., p. 1126, n. marg. 23 – 27.

<sup>688</sup> V. KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la ley suiza...*, op. cit., p. 1294, n. marg. 38.

<sup>689</sup> Doc. A / CN.9 / W6.II / WP.104

trabajo parece haberse decantado por no incluir una norma sobre la ley aplicable a los derechos de compensación contractual al regular en su art. 28 la ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor. No obstante, su inclusión en este precepto aún es objeto de debate. De preverse una regla en relación a ello, se ha propuesto que tenga el siguiente tenor: *"los derechos de compensación dimanantes del contrato de origen se regirán por la ley que rija el crédito. Los derechos de compensación dimanantes de cualquier otro contrato se regirán por la ley que rija ese contrato"*.

A efectos de la compensación convencional independiente nos interesa la última parte de dicho precepto propuesto, que recogería exactamente la solución aquí defendida en cuanto a la ley aplicable a la compensación convencional: la compensación se regiría por la ley aplicable al contrato del que derive el derecho de compensar.

5. Por lo que se refiere al Derecho internacional privado español, de acuerdo con los citados preceptos del Convenio de Roma de 1980, habríamos de tener en cuenta, en primer lugar, si las partes han llevado a cabo o no una designación de la ley aplicable al acuerdo de compensación<sup>690</sup> (= la ley de la autonomía)<sup>691</sup>. De ser así, no se plantearía ningún problema específico añadido en torno a la ley aplicable a los acuerdos de compensación.

6. Los supuestos que plantearían más problemas desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, serían aquellos en los que las partes no hubieran realizado previsión alguna en relación a la ley aplicable al pacto de compensación independiente, cuando tal designación resultase ineficaz o bien no pueda *"deducirse de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias"*

---

<sup>690</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. , (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, op. cit. , pp. 147 ss.

<sup>691</sup> Art. 3 CR: *"Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes..."*.

del caso" (art. 3. 1 CR). En estas tres situaciones, jugarían los criterios de conexión subsidiarios previstos por el convenio de Roma.

7. De acuerdo con el art. 4 CR, el contrato debería regirse por la ley del Estado con el que presente los vínculos más estrechos<sup>692</sup>. Dicho precepto presume que los vínculos más estrechos se darían con el Estado en el cual tenga su residencia habitual el prestador característico en el momento de celebración del contrato (art. 4. 2 CR)<sup>693</sup>.

8. La presunción basada en la prestación característica partiría de la base de que todo contrato posee normalmente una prestación que lo identificaría frente a otros<sup>694</sup>. En el caso de los acuerdos de compensación, el problema consistiría en determinar cuál habría de ser considerada dicha prestación característica del contrato (que permitiría distinguirlo de otros).

9. Del mismo modo que sucede en el caso de la permuta, los acuerdos de compensación no permitirían distinguir una prestación característica frente a otra entre las dos cuyo pago en efectivo va a evitarse por el efecto compensatorio.

---

<sup>692</sup> V. Informe Giuliano / Lagarde.

<sup>693</sup> Algún autor ha criticado que se acuda directamente a la regla basada en la prestación característica como si se tratase de una presunción *iuris tantum*, por que esto supondría ignorar la gran riqueza de criterios hermenéuticos que el intérprete tendría a su disposición para determinar la ley del Estado con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos (v. CARRILLO POZO, L. F., *La prestación...*, op. cit., p. 76 y pp. 94 ss., entre otras). En mi opinión, recurrir a la presunción prevista en el art. 4. 2 del Convenio de Roma de 1980 completada mediante la cláusula de escape (art. 4. 5 CR) en los casos en que su aplicación resultaría insatisfactoria (por ej., cuando la prestación que identifique el contrato no pudiese ser determinada o el contrato presentase la mayor parte de sus conexiones con un Estado distinto al de la residencia habitual del prestador característico) sería lo más adecuado. No creo que ello reste en exceso flexibilidad a las normas del convenio de Roma y por otro lado, esto resultaría lo más conveniente desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Sobre todo, en cuanto a la protección de las expectativas de las partes en relación a la ley aplicable a su relación jurídica.

<sup>694</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M. en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 163.



Ambas partes realizarían "prestaciones equivalentes"<sup>695</sup>. De modo que no podría afirmarse que existe una prestación característica propiamente dicha<sup>696</sup>.

10. La doctrina ha propuesto diversas soluciones al problema planteado. En primer lugar, algunos autores han defendido que la aplicación de las normas de conflicto del convenio de Roma de 1980 no podría proporcionar una solución satisfactoria a este problema. De tal manera que, lo más adecuado según ellos, sería acudir a los criterios para determinar la ley aplicable a la compensación legal.

11. Por ejemplo, BERGER considera que en defecto de elección de un determinado ordenamiento jurídico, habríamos de aplicar a la teoría de la acumulación<sup>697</sup>. Con ello, además, se muestra contrario a la teoría mayoritaria en Alemania (= a la aplicación de la ley del crédito contra el que se dirige la compensación).

12. MARTINY ha afirmado algo similar aunque de forma menos clara y partiendo de que la solución más adecuada en relación a la ley aplicable a la compensación legal sería la aplicación de la ley del crédito pasivo (= el crédito que pretende extinguirse mediante la oposición de la compensación en el proceso). A su juicio, en la compensación convencional existiría una prestación "predominante" que normalmente, coincidiría con la correspondiente al crédito inicial. Esto es, en definitiva, se terminarían aplicando los mismos criterios que en el caso de la compensación legal<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> V. GÄBEL, J. K. , *Neuere Probleme...*, op. cit. , p. 195; VIRGÓS SORIANO en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, op. cit. , p. 164.

<sup>696</sup> V. KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 133.

<sup>697</sup> V. *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit. , p. 455.

<sup>698</sup> V. MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 280, n. marg. 285.

13. Lo mismo defiende FERID<sup>699</sup>. Para él, también existiría una obligación de mayor peso: la pasiva (= aquella contra la que se dirige la compensación en el proceso). De tal manera que, la solución acabaría coincidiendo con la que el mismo autor defiende en cuanto al *Aufrechnungsstatut*<sup>700</sup>.

14. En segundo lugar, algunos autores han intentado buscar la respuesta a esta cuestión acudiendo a la solución formulada por el Tribunal Supremo suizo (BGE) en cuanto a la ley aplicable a la permuta. Así, WILD<sup>701</sup> acude a una sentencia del BGE de 22.10.1915<sup>702</sup>, de acuerdo con la cual respecto de la permuta habría de procederse a una aplicación cumulativa de la ley del lugar de ejecución de las dos obligaciones.

15. Ninguna de estas propuestas sería acertada. No sólo por su complicación práctica, sino, sobre todo, porque ambas desconocerían que el propio convenio de Roma prevé una solución al respecto en su propio articulado. En efecto, el art. 4. 5 CR contiene una cláusula de escape para los supuestos en los que la prestación característica del contrato no pudiera determinarse. De acuerdo con el tenor literal de este precepto: "*No se aplicará el apartado 2 (la presunción a favor de la Ley de la residencia habitual del prestador característico) cuando no pueda determinarse la prestación característica...*". De tal manera que, tanto en los acuerdos de compensación como en el caso de la permuta, la presunción dejaría de operar, pero no por ello la regla de base: la aplicación de la ley del Estado con el que se den los vínculos más estrechos. Esta misma solución es la que VIRGÓS SORIANO ha propuesto para la permuta<sup>703</sup>.

---

<sup>699</sup> *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Frankfurt a. M., pp. 196 ss.

<sup>700</sup> *Ib. id.*, p. 199.

<sup>701</sup> *Die Verrechnung...*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>702</sup> BGE, 41 II p. 591.

<sup>703</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M., en AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 164.

16. En conclusión, a falta de elección de la ley aplicable al acuerdo de compensación, habríamos de aplicar las normas del ordenamiento jurídico con el que dicho acuerdo presentase mayores conexiones.

## **5.2. La ley aplicable a la compensación convencional accesoria**

1. Además de los contratos de compensación independientes, es posible concluir pactos de compensación en el marco de un contrato principal<sup>704</sup>. Esto es, acuerdos de compensación de carácter accesorio. En estos casos, la opinión de la doctrina sería unánime en cuanto a que el pacto de compensación accesorio se regiría por la misma ley que el contrato principal<sup>705</sup>.

2. Los contratos en cuenta corriente han sido objeto de especial atención, pues como ha afirmado GOODE, "*...current account Set-off (or combination)...is no more than an implied contractual Set-off*"<sup>706</sup>.

3. A pesar de que algún autor ha destacado que este tipo de contratos operaría en la mayor parte de los casos en un nivel meramente interno<sup>707</sup>, no podemos descartar que puedan plantearse problemas de Derecho internacional privado en relación con los mismos.

---

<sup>704</sup> V. GÄBEL, J. K., *Neuere Probleme zur...*, op. cit., p. 201; MARTINY en REITHMANN / MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, op. cit., p. 280, n. marg. 285.

<sup>705</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 460.

<sup>706</sup> V. "Recensión al libro de WOOD...", op. cit., p. 358.

<sup>707</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1122, n. marg. 23 - 26.

4. Aplicando la regla general: los pactos de compensación incluidos en los contratos en cuenta corriente se regirían por la ley aplicable al acuerdo de las partes<sup>708</sup>.

De tal manera que, en virtud de las reglas previstas en el convenio de Roma de 1980, en defecto de elección, se aplicaría la ley de la sede de la entidad bancaria<sup>709</sup> (= aplicación de la presunción basada en la prestación característica)<sup>710</sup>.

5. También puede destacarse el supuesto de los derechos de compensación derivados del contrato de origen de una cesión de créditos, los cuales según el Proyecto UNCITRAL de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación<sup>711</sup>, de llegar a incluirse una referencia al respecto en el art. 28 de esta convención, se regirían por la ley aplicable a ese mismo contrato.

6. De este modo, la convención recogería la regla aquí defendida: a la compensación convencional accesoria habría de aplicarse la misma ley que al contrato principal.

## **6. ALGUNOS PROBLEMAS GENERALES DE APLICACIÓN EN RELACIÓN AL DERECHO APLICABLE A LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS**

1. Por último, me propongo tratar algunos de los problemas generales de aplicación que pueden plantearse al hilo de la compensación de créditos en los

---

<sup>708</sup> V. LANDO, O. , *International Encyclopedia...*, op. cit. , p. 227; MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 280, n. marg. 285.

<sup>709</sup> V. GÄBEL, J. K. , *Neuere Probleme zur...*, op. cit. , p. 210; GRAF, W. , *Die Verrechnung...*, op. cit. , p. 97; AA. VV. , (VISCHER...) , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 516, n. marg. 1126.

<sup>710</sup> Art. 4 CR.

<sup>711</sup> Doc. A / CN.9 / W6.II / WP.104.

supuestos de tráfico jurídico externo. El más importante de ellos sería el del "reenvío oculto" motivado por la supuesta diferente calificación (procesal / material) de la compensación en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>712</sup>.

2. El reenvío respondería al principio de armonía internacional de soluciones. Así que, por ejemplo, sólo podría servir a tal fin cuando lo admitiera una sola de las jurisdicciones implicadas, pero no las dos<sup>713</sup>.

3. En Derecho internacional privado, el reenvío puede operar en los siguientes grupos de situaciones<sup>714</sup>. En primer lugar, cuando exista una divergencia en cuanto a los criterios de conexión empleados en los diversos ordenamientos jurídicos implicados (el del foro y el del Estado de la *lex causae*)<sup>715</sup>.

4. En segundo lugar, cuando de acuerdo con uno de estos ordenamientos jurídicos correspondería llevar a cabo un fraccionamiento en cuanto a la ley aplicable que no se precisaría de acuerdo con el otro<sup>716</sup>. Por ejemplo, en el caso de que la norma de conflicto en materia de sucesiones de uno de los ordenamientos jurídicos señalados prevea un criterio de conexión distinto para los bienes muebles y los inmuebles, mientras que la otra ley prefiera un tratamiento unitario al respecto.

---

<sup>712</sup> Problema también planteado por GÄBEL en *Neuere Probleme...*, op. cit. , p. 45.

<sup>713</sup> V. VAN HECKE, Georges, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, R. des C. , 126/1969, P. 437.

<sup>714</sup> V. DERRUPÉE, Jean, *Droit international privé*, 13ª ed. , Dalloz, París, 1999, p. 72; STAUDINGER, "Art. 4 EGBGB", Sellier-De Gruyter, Berlín, 1996, p. 256, n. marg. 60.

<sup>715</sup> V. CARRILLO SALCEDO, Juan A. , *Derecho internacional Privado*, 3ª ed. , Tecnos, Madrid, 1983, p. 204.

<sup>716</sup> V. *Ib. id.* , p. 204.

5. En tercer lugar, también podría operar el reenvío cuando los criterios de conexión difiriesen en cuanto a su aplicación temporal.

6. Y por último, también sería imaginable un reenvío motivado por la diversa calificación de una figura jurídica en dos sistemas de Derecho internacional privado<sup>717</sup>.

Este último problema de reenvío, es el que se plantea en el caso de la prescripción. En Derecho anglosajón, éste se calificaría como una figura procesal, del mismo modo que ocurriría, según la postura mayoritaria, en el caso de la compensación de créditos.

7. En la actualidad, este problema se encontraría resuelto por el art. 15 del convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>718</sup>. De acuerdo con el mismo, quedaría excluido cualquier hipotético juego del reenvío dentro de su ámbito de aplicación<sup>719</sup>.

---

<sup>717</sup> V. BRINCKMANN, *Die nichtvertragliche Verrechnung in rechtvergleichender Darstellung und im schweizerischen Kollisionsrecht*, pp. 126 ss. ; HABSCHEID, W. "Zu Aufrechnung (Verrechnung) gegen eine Forderung mit englischem Schuldstatut im Zivilprozess (eine deutsch-schweizerische rechtsvergleichende Skizze)", *Festschrift Neumayer*, Nomos, Baden-Baden, 1985, pp. 264 ss. ; KEGEL, G. / SCHURIG, K. , *Internationales Privatrecht...*, op. cit. , p. 652; KEGEL, G. , *Lehrbuch des IPRs*, p. 152 y 279; NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPRs*, Berlin/ Tübinga, 1962, p. 192; KEGEL, Gerhard, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht*, Westdeutscher Verlag, Colonia & Opladen, 1962, p. 43.

<sup>718</sup> Concretamente, el tenor literal de este precepto sería el siguiente: "Cuando el presente convenio prescriba la aplicación de la Ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado".

<sup>719</sup> Sobre esta exclusión del reenvío por el convenio de Roma de 1980: V. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio...*, op. cit. , p. 275 y *Derecho Internacional...*, op. cit. , p. 222; HAY, P. , *Internationales Privatrecht*, op. cit. , p. 160; KANNENGIESSER, M. N. , *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 130; LÜDERITZ, Alexander, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Metzner/ Luchterhand, 1992, p. 136, n. marg. , 297; MARTINY en REITHMANN, C. / MARTINY, D. , *Internationales Vertragsrecht*, op. cit. , p. 281, n. marg. 286 y en *Münchener Kommentar*, op. cit. , p. 1727, n. marg. 38.

8. Siguiendo a GAUDEMET-TALLON, las razones fundamentales para este rechazo del juego del reenvío podrían ser las dos siguientes<sup>720</sup>.

9. En primer lugar, desatender la consecuencia jurídica de las normas de conflicto contenidas en el convenio de Roma resultaría inadecuado porque implicaría ignorar la voluntad de las partes, que constituye un factor fundamental en materia contractual. El convenio, como es conocido, atiende en primer lugar, a la ley de la autonomía (art. 3 CR). En defecto de elección de la ley aplicable, toma en consideración el "centro de gravedad" del contrato por medio de la regla de los vínculos más estrechos (art. 4 CR).

10. La segunda razón a la que se refiere GAUDEMET -TALLON estaría muy relacionada con la anterior: cuando se elabora un convenio en el ámbito del Derecho internacional privado se estarían adoptando en principio, las mejores normas de conflicto entre las posibles. Al menos, esto sería así desde la perspectiva del propio legislador convencional. Sobre esta base, los convenios internacionales suelen prever una exclusión del reenvío motivado por la aplicación de otro sistema de Derecho internacional privado.

11. Otro posible problema que podría plantear la compensación de créditos en el Derecho internacional privado tendría que ver con la aplicación de la cláusula de orden público (art. 12. 3 C. c.). De acuerdo con este precepto, *"En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público"*.

12. No parece que una hipotética inexistencia de una figura asimilable a la compensación de créditos en la ley aplicable a la compensación suponga una vulneración del orden público<sup>721</sup>. Por consiguiente, en relación con los supuestos

---

<sup>720</sup> En *"Le nouveau droit..."*, op. cit, pp. 257 – 258.

<sup>721</sup> V. desde la perspectiva del Derecho suizo, KELLER / GIRSBERGER, *Comentario a la ley suiza...*, op. cit. , p. 1297, n. marg. 51.

de compensación de créditos en el ámbito internacional dicha cláusula no operaría.



## V. CAPÍTULO TERCERO: LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE INSOLVENCIA

### 1. INTRODUCCIÓN: LA COMPENSACIÓN CONCURSAL Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

1. Hasta este momento, se ha hecho referencia a los problemas jurídicos que plantea la compensación de créditos en los supuestos de tráfico jurídico externo extraconcursales. En esta última parte del trabajo, se van a estudiar las cuestiones relativas a la compensación en los procedimientos de insolvencia internacional desde la perspectiva de los conflictos de leyes.

2. Del mismo modo que en el caso de la compensación en general, se tratará aquí de formular la norma de conflicto más adecuada en relación con la compensación de créditos, en función de las finalidades que ésta puede cumplir en los distintos modelos de quiebra internacional.

3. Las situaciones de insolvencia son supuestos típicos de acción colectiva<sup>722</sup>. Como señala VIRGÓS SORIANO, en estos casos, los acreedores, actuando en interés propio, pueden fácilmente dar lugar a situaciones de "competencia destructiva"<sup>723</sup>. De ahí que se haya efectuado una comparación con el denominado "*common pool problem*" o problema del caladero colectivo<sup>724</sup>. Los comportamientos oportunistas que adoptarían los acreedores ante la insolvencia

---

<sup>722</sup> V. JACKSON, Thomas H. , *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts / Londres, 1986, pp. 10 ss. ; JACKSON, Thomas H. / SCOTT, Robert E. , "On the Nature of Bankruptcy: an Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditor's Bargain", *Virginia Law Review*, 75/1989, pp. 157 ss. ; VIRGÓS SORIANO, Miguel, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, Forum Internationale nº 25, Kluwer, 1998, p. 1.

<sup>723</sup> V. *ib. id.* , p. 1.

<sup>724</sup> "...Like fishermen before a common pool, uncoordinated creditors pursuing individual remedies may easily reduce the aggregate value of assets" (v. *ib. id.* , p. 1); JACKSON, T. H. , *The Logic and Limits...*, *op. cit.* , p. 11.

impedirían maximizar los intereses colectivos. Se hace necesaria, por tanto, la cooperación institucional.

4. De acuerdo con esta concepción (= "*common disaster conception*"<sup>725</sup>), lo más adecuado para maximizar los intereses de las diferentes clases de acreedores sería mantener el valor preconcursal de los créditos. Esto salvaría las posiciones de los acreedores negociadas con anterioridad a la apertura del concurso<sup>726</sup>.

5. La otra posibilidad, la adopción de criterios redistributivos, no permitiría maximizar los intereses colectivos, puesto que dentro de cada clase de acreedores, dichos intereses variarían<sup>727</sup>.

6. En la actualidad, la admisión de la compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia representa una importante ventaja desde el punto de vista de los acreedores del deudor insolvente. Los acreedores que tuvieran a su favor una expectativa legítima de compensar gozarían en el concurso de una posición semejante a la de los acreedores garantizados, aunque sin ser en puridad titulares de un derecho real<sup>728</sup>.

En efecto, de permitirse el juego de la compensación en los procedimientos de insolvencia, los acreedores podrían cobrar sus créditos en la totalidad, sin tener que quedar sometidos a la ley del dividendo. Esto, en el caso de que dichos créditos fuesen de igual o superior cuantía que aquél contra el que se dirige la compensación. Cuando los contracréditos fuesen inferiores al crédito del

---

<sup>725</sup> V. JACKSON, T. H. , "*On the Nature...*", *op. cit.* , p. 157.

<sup>726</sup> "...the common pool problem...can be solved without upsetting the relative values of the initial entitlements" (JACKSON, T. H. , *The Logic and Limits...*, *op. cit.* , p. 58).

<sup>727</sup> V. *ib. id.* , p. 158 y 64.

<sup>728</sup> Sobre la diferencia entre los mecanismos de *Set-off* y los *Security Interests* (derechos reales de garantía sobre un bien ajeno), v. GOODE, Royston M. , *Legal Problems of Credit and Security*, 2ª ed. , Sweet & Maxwell, 1988, pp. 1 y 4.

quebrado, la compensación les posibilitaría someterse a dicha ley únicamente en relación con la diferencia<sup>729</sup>.

7. Por el contrario, si se prohíbe la compensación de créditos como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia, se favorecerían los intereses del deudor quebrado. Éste podría exigir los créditos pendientes a su favor en toda su cuantía, a pesar del derecho a compensar. Los acreedores que a su vez pudiesen ser titulares de créditos recíprocos contra el quebrado sin embargo, habrían de esperar a cobrar al final del procedimiento, junto con los demás acreedores ordinarios y *a prorrata*.

8. La opción por uno u otro de estos dos sistemas en cuanto a la admisibilidad de la compensación en los procedimientos concursales dependerá del peso que en cada ordenamiento jurídico se otorgue a determinados principios (entre otros, al principio de indisponibilidad del patrimonio del quebrado, a la regla de la *par conditio creditorum* y a la protección de la confianza en la expectativa de compensar). Esto es, en definitiva, del modelo concursal adoptado en cada Estado.

9. De ahí que, en primer lugar, deba analizarse cómo se resuelve esta cuestión en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Es decir, los distintos modelos existentes en la Unión Europea en cuanto a la admisibilidad de la compensación en la quiebra. Con este objeto, se hará referencia a los principios en que se fundamentaría cada uno de ellos y los intereses que quedarían protegidos en cada caso.

10. De lo expuesto hasta ahora se desprende que determinar en función de qué ley va a decidirse si la compensación puede o no operar en los procedimientos

---

<sup>729</sup> V. DERHAM, Rory, *Set-off*, 2ª ed. , Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1.

internacionales de insolvencia será una cuestión de la mayor importancia. A estos efectos se han propuesto soluciones diversas.

11. El punto de partida a este respecto habría de ser que, frente a lo que ocurre en los procedimientos extraconcursales, en los procedimientos internacionales de insolvencia entrará en juego otro potencial Derecho aplicable: la ley del concurso. De tal manera que el problema de Derecho Internacional Privado típico en cuanto al régimen de los efectos derivados de la declaración de un concurso internacional sería el que tuvo ocasión de destacar GONZÁLEZ CAMPOS<sup>730</sup>. De acuerdo con lo señalado por este autor, el dato relevante a este respecto sería *"La eventual contradicción entre la lex concursus que atribuye ciertos efectos jurídicos a la declaración y, de otra parte, la ley rectora de las situaciones o relaciones jurídicas sobre las que se proyectan dichos efectos del concurso"*.

## **2. LA COMPENSACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: LOS DOS MODELOS BÁSICOS EN CUANTO A SU ADMISIÓN / INADMISIÓN**

*"...Que en este motivo se plantea el sugestivo problema de si las deudas del quebrado, vencidas por efecto de la declaración de quiebra, se compensan o no con los créditos que a su vez, pueda tener contra él su acreedor. Problema que procede resolver negativamente por las siguientes razones: la primera, por la necesidad de mantener el principio de indisponibilidad del patrimonio del quebrado; la segunda, por respeto al postulado de la par conditio creditorum, que no tolera que se distraiga, en provecho de unos acreedores, y en detrimento de los demás, una parte del activo de la quiebra; la tercera porque, con arreglo a lo previsto en el párrafo núm. 5 del art. 1196 del Código civil, para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguna de las deudas haya retención y, en realidad y por ficción de la ley, durante todo el período a que se retrotrae la declaración de quiebra, existe retención sobre las cantidades del quebrado que estén en poder de terceras personas; y la cuarta razón, se funda en que, si la ley hubiera querido que los efectos de la compensación se sustrajesen a esa retroacción, lo hubiera dispuesto de manera expresa, como lo hace en el art. 926 del Código de comercio, cuando trata de los socios*

---

<sup>730</sup> En "Aspectos internacionales de la situación concursal", en *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, p. 369.

comanditarios, de los de las sociedades anónimas y de los de cuentas en participación que sean acreedores de la quiebra".

(Sentencia del Tribunal Supremo español de 17.3.1977)

*"The existence of a right of Set-off may be crucial in the event of an insolvency. If there are cross-demands between a creditor and a debtor who has become insolvent, the creditor, in the absence of a Set-off, may be obliged to pay the full amount of his own indebtedness, and yet be confined to receiving a dividend along with the other creditors for the amount for which the insolvent debtor is indebted to him. If however a Set-off is available, only the balance remaining after deducting one claim from the other would be payable. Therefore if the debtor's claim against the creditor exceeds in value the creditor's claim against the debtor, the creditor in effect obtains payment in full for his claim in the form of a deduction for his liability and is only obliged to pay the balance. Alternatively, it may be that the creditor's claim is the greater, in which case he receives payment in full to the extent of his liability to the debtor and he needs only to be confined to a dividend in respect of the balance"*

(DERHAM, Rory, *Set-off*, 2ª ed. , Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 1)

1. Como señala ESPLUGUES MOTA, en su libro sobre *La quiebra internacional*<sup>731</sup>, "En los distintos ordenamientos jurídicos se prevén soluciones diferentes en torno a cuestiones tan relevantes en un procedimiento concursal como los efectos personales y patrimoniales de la declaración del concurso, el nivel de retroacción de los mismos, la proyección de la declaración de quiebra a los bienes adquiridos con posterioridad a ésta, los poderes del síndico, la prioridad de los diversos créditos a la hora del reparto del patrimonio del deudor, la posición de los acreedores privilegiados, los requisitos para la rehabilitación del quebrado, etc...".

2. Entre dichas cuestiones cuyo tratamiento varía de un Estado a otro se encontraría también la compensación de créditos y su admisibilidad tras la declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia.

---

<sup>731</sup> Barcelona, Bosch, 1993, p. 20.

3. Tanto la solución a esta cuestión, como al resto de las enumeradas por este autor operarían como índices que nos permitirían distinguir tres grupos de ordenamientos jurídicos.

4. En primer lugar, los ordenamientos jurídicos cuyo Derecho concursal podría considerarse pro-deudor. Entre ellos el más relevante sería el caso del Derecho francés. Éste ha influido en las soluciones de un gran número de ordenamientos jurídicos en cuanto a la compensación en general y a su admisibilidad en los procedimientos de insolvencia en particular. Entre ellos se encontraría además del español, los de Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Chile, Brasil, Argentina, Colombia, Méjico, Panamá, Venezuela, Sudáfrica, Filipinas, Luisiana, Quebec y Egipto<sup>732</sup>.

5. En segundo término, se encontrarían los Derechos concursales pro-acreedor. En este grupo, los casos más relevantes serían los de los ordenamientos jurídicos de influencia inglesa (USA, excepto Luisiana, Australia, Nueva Zelanda, Canadá) así como el Derecho alemán y los de su esfera de influencia (= los Derechos suizo, austriaco, danés, finlandés, noruego, sueco, holandés, italiano, japonés y coreano)<sup>733</sup>.

6. Por último, existiría una tercera categoría a la que WOOD ha denominado "Derechos no interesados" (*not interested*)<sup>734</sup>. A este grupo correspondería una serie de ordenamientos jurídicos de algunos Estados de la antigua órbita comunista o islámicos.

---

<sup>732</sup> V. ROJO AJURIA, L. , *La compensación...*, op. cit. , p. 50 y WOOD, P. R. , *English and International...*, op. cit. , p. 1166.

<sup>733</sup> V. ROJO AJURIA, L. , *La compensación...*, op. cit. , p. 212 y WOOD, P. R. , *English and international...*, op. cit. , p. 1165, n. marg. 24 - 49.

<sup>734</sup> V. WOOD, Philip R. , *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995, p. 2, n. marg. 1 - 4.

## **2.1. La compensación de créditos en los Estados comunitarios con un Derecho concursal pro-deudor**

1. Desde el punto de vista de la admisión / inadmisión de la compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia, un Derecho concursal pro-deudor sería aquél que no permitiese el juego de este instituto jurídico en la quiebra. El deudor insolvente se vería claramente favorecido como consecuencia de dicha inadmisión. Podría exigir que sus acreedores le paguen los créditos pendientes en su totalidad. Por el contrario, él no estaría obligado a un comportamiento equivalente. Sus acreedores pasarían a formar parte de la masa pasiva del concurso y cobrarían una vez liquidado su patrimonio, en función de la ley del dividendo.

2. La protección del deudor insolvente en este caso, implicaría un tratamiento idéntico de los acreedores con derecho o al menos con una legítima expectativa de compensar y a los acreedores comunes u ordinarios. Dicho tratamiento se justificaría sobre la base de los argumentos que explicaré a continuación. La mayor parte de los mismos coinciden con los expuestos más arriba en el extracto de la sentencia del Tribunal Supremo español de 17.3.1977.

3. El argumento principal consistiría en que la inadmisión de la compensación en estos supuestos significaría un incremento del patrimonio del deudor en beneficio de todos los acreedores<sup>735</sup>. Se preferiría pues, favorecer al conjunto de éstos frente a unos pocos (= los potenciales titulares de un derecho a compensar).

4. Esto sería conforme con el principio de indisponibilidad del patrimonio del quebrado una vez declarada la apertura de un procedimiento de insolvencia. La admisión de la compensación tras la declaración de apertura del concurso

---

<sup>735</sup> Argumento explicado por VIRGÓS SORIANO en *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, Kluwer, 1998, p. 21 ("...this law policy increases the debtor's estate for the common benefit of all creditors").

implicaría la reducción de la masa activa de la quiebra en detrimento de unos acreedores del quebrado frente a otros. Según este modelo concursal, si hay algo que caracterice a los procedimientos de quiebra sería que equiparan la posición de los acreedores frente a la masa activa. De tal manera, que todos los créditos deberían pasar a satisfacerse de acuerdo con la ley del dividendo.

5. La expectativa de compensar no fundamentaría entonces una excepción a dicha ley. Otra cosa sería contraria al postulado de la *par conditio creditorum*<sup>736</sup>. En aras del principio de igualdad de trato, la declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia trae consigo la pérdida del ejercicio de sus acciones individuales por parte de los acreedores<sup>737</sup>. La quiebra supone la paralización de las acciones individuales de los acreedores del quebrado<sup>738</sup> y su agrupación en la masa pasiva del concurso en pie de igualdad<sup>739</sup>.

6. Por último, desde la perspectiva de un modelo concursal pro-deudor, se concede un peso fundamental a la lógica de la compensación como pago, lo cual fundamentaría una prohibición de compensar tras la apertura de un procedimiento concursal. Si la compensación cumple una función equivalente al pago (= constituye un subrogado del cumplimiento de las obligaciones), habría de

---

<sup>736</sup> V. WOOD, P. R. , *English and International...*, op. cit. , p. 1166, n. marg. 24 – 50. Actualmente, la mayoría de la doctrina, incluida la española, entiende que el principio de igualdad, también denominado de proporcionalidad ha cedido frente al principio de preferencia de los créditos en función de distintos criterios (v. GARRIDO, José M<sup>a</sup>, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, Capítulo VII: "...la supremacía del principio de preferencia es tan obvia que se llega a poner en cuestión la existencia misma del principio de igualdad de los acreedores").

<sup>737</sup> V. URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 20<sup>a</sup> ed. , Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 1026; PASTOR RIDRUEJO, J. A. , *La faillite...*, op. cit. , p. 148.

<sup>738</sup> V. ROJO AJURIA, L. , *La compensación...*, op. cit. , p. 42.

<sup>739</sup> La declaración de apertura del concurso supondría dos modificaciones esenciales en los derechos de los acreedores. En primer término, la ya referida sumisión a la ley del dividendo. En segundo lugar, el vencimiento de los créditos aplazados. (V. URÍA, R. , *Derecho Mercantil*, op. cit. , pp. 1027 y 1028).



impedirse que operara tras dicha apertura del mismo modo que se prohíbe pagar al deudor insolvente<sup>740</sup>.

7. En palabras de ROJO AJURIA<sup>741</sup>, de acuerdo con un Derecho concursal pro-deudor, la respuesta a si es posible la compensación tras la apertura de un procedimiento de insolvencia habría de ser negativa: "*Si la compensación es un pago, la respuesta debería de ser no, porque en tales supuestos, el pago no es posible*".

8. No obstante, pueden señalarse hasta cuatro excepciones en cuanto a la inadmisibilidad de la compensación en la quiebra, comunes a los ordenamientos jurídicos comprendidos dentro de este grupo. Por una parte, estos Derechos admiten el juego de la compensación de créditos en aquellos casos en los que la situación objetiva de compensabilidad concurriría con anterioridad a la apertura del concurso<sup>742</sup>. Esto sería una consecuencia de la concepción que en ellos se tiene del modo en que operaría la compensación de créditos en general. Esto es, del modelo de compensación adoptado, que sería el de la compensación *ope legis* (= automática).

9. Por otra, se admite unánimemente la compensación concursal con créditos surgidos *ex eadem causa* (= nacidos de un mismo contrato)<sup>743</sup>. El argumento para ello consistiría en que, en esos casos, *sería contrario a la equidad* no permitir que operase el efecto compensatorio.

10. En tercer lugar, también suele admitirse la compensación en la quiebra en relación con los contratos en cuenta corriente.

---

<sup>740</sup> V. ROJO AJURIA, L., *La compensación...*, op. cit., p.52.

<sup>741</sup> *La compensación...*, op. cit., p. 38.

<sup>742</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1166, n. marg. 24 – 51.

<sup>743</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1168, n. marg. 24 – 55 y en *Principles of International...*, op. cit., p. 275, n. marg. 16 – 10.

11. Por último, es muy importante tener en cuenta que en el ámbito de las operaciones en las que participan entidades de crédito, se ha unificado la regulación de los Estados comunitarios por medio de una serie de Directivas comunitarias<sup>744</sup> en cuanto a la admisión de la compensación en situaciones de insolvencia.

*(A) La compensación en el Derecho concursal francés*

1. El Derecho francés pertenecería de forma paradigmática a los que hemos denominado Derecho concursales pro-deudor. Desde el punto de vista de los efectos de la compensación en los procedimientos de insolvencia, esto implica como regla general, la inadmisión de la compensación a partir del momento de la declaración de apertura<sup>745</sup>. Incluso antes, una vez comenzado el período sospechoso.

2. El modelo francés de compensación adoptado por el *Code civile* (= compensación automática) tendría la siguiente consecuencia en el ámbito de los procedimientos de insolvencia: por ministerio de la ley, sólo podrán compensarse las deudas recíprocas que antes de la declaración de quiebra reunieran ya las condiciones exigidas para que la compensación se produjera<sup>746</sup> (= requisitos de la situación objetiva de compensabilidad). En ese caso, la compensación sería posible porque habría producido ya sus efectos extintivos.

Una vez declarada la apertura del procedimiento sin que concurran los requisitos de la situación objetiva de compensabilidad no podría compensarse. Se

---

<sup>744</sup> V. *Infra* 2.1.B.2. § 8.

<sup>745</sup> V. TROCHU, *Conflits de loi et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, París, 1967, p. 182.

<sup>746</sup> V. AA. VV. (TERRÉ...), *Droit civil*, *op. cit.*, p. 1039, n. marg. 1305; TROCHU, *Conflits de loi...*, *op. cit.*, p. 182.

rechaza por tanto, que la declaración de apertura cree por sí misma la situación objetiva de compensabilidad, como consecuencia del vencimiento anticipado de las deudas. Ello se consideraría contrario a la regla de la *par conditio creditorum*.

3. La inadmisibilidad de la compensación en la quiebra en el Derecho francés es además, consecuencia del carácter fundamental que se concede en ella a la "lógica de la compensación como pago". Esto es lo que se desprendería del art. 15 de la ley francesa de 13.7.1967 y del art. 33 de la ley núm. 85 – 98 de 25.1.1985<sup>747</sup>.

4. En efecto, de acuerdo con el art. 33 de esta última ley: "*Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture...*".

5. La reforma operada en 1994, por medio de la ley 94 – 475<sup>748</sup>, no ha introducido cambios en relación a este último artículo. Esta última ley tampoco prevé precepto alguno en torno a la compensación de créditos en el ámbito concursal.

6. Por vía jurisprudencial, se suavizó esta prohibición tan rotunda de la compensación en los procedimientos concursales, mediante la admisión de la compensación de créditos conexos (= derivados de un mismo contrato)<sup>749</sup>.

---

<sup>747</sup> V. AA. VV. (TERRÉ...), *Droit civil, op. cit.*, p. 1039, n. marg. 1305; BOURGININAUD, Véronique, *Droit des entreprises en difficulté*, Economica, Paris, p. 74; DIDIER, Paul, *Droit commercial. L'entreprise en difficulté*, Presses universitaires de France, 1995, p. 426.

<sup>748</sup> *Loi relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* (J. O. Número 134 de 11.6.1994, p. 8440).

<sup>749</sup> V. BOURGININAUD, V., *Droit des entreprises...*, *op. cit.*, p. 74; TROCHU, *Conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 182; V. también la jurisprudencia al respecto citada por DIDIER, P. en *Droit commercial, op. cit.*, pp. 427 ss.

7. Esta excepción se afirma ya en una sentencia de la *Cour de cassation* de 15.5.1935<sup>750</sup>. Posteriormente, fue reiterada en dos decisiones del mismo Tribunal, una de 29.3.1965<sup>751</sup> y otra de 13.4.1972<sup>752</sup>.

8. El fundamento de estas decisiones consiste en que al menos en los casos en que los créditos hayan nacido *ex eadem causa*, se considera que el acreedor podría quedar excluido de la ley del dividendo hasta la cantidad en que los créditos recíprocos fueran concurrentes. Se trataría por tanto, de razones de equidad. No obstante, algún autor ha puesto de manifiesto el peso que la función de garantía de la compensación tendría de cara a la admisión de la compensación de créditos conexos (= en el sentido de nacidos de un mismo contrato). En estos casos, la conexidad da lugar a una expectativa legítima de poder cobrarse mediante la ejecución del propio crédito por medio de la compensación<sup>753</sup>. Luego, la lógica de la compensación como garantía no sería absolutamente ajena a la compensación en el Derecho concursal francés.

9. Todo ello propició la elaboración posterior de la segunda parte del art. 33 de la ley 85 – 98 antes mencionado. De acuerdo con el mismo: “...*Cette interdiction* (la prohibición de efectuar pagos tras la declaración de apertura del procedimiento concursal) *ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes*”. Es decir, que la citada jurisprudencia ha encontrado reflejo legal y en la actualidad, en el Derecho concursal francés se admitiría el juego de la compensación de créditos conexos, aunque la situación objetiva de compensabilidad no concurriera con anterioridad a la declaración de apertura del procedimiento<sup>754</sup>.

---

<sup>750</sup> En *Journ. Faillites*, 1936, p. 28.

<sup>751</sup> V. *Cass. com.*, 29.3.1965, *Bull. civ.*, 1965, III, p. 211.

<sup>752</sup> V. *Cass. com.*, 13.4.1972, *Bull. civ.*, 1972, IV, p. 102.

<sup>753</sup> V. por ejemplo, TROCHU, *Conflits de lois...*, op. cit., p. 183.

<sup>754</sup> V. DIDIER, P., *Droit comercial*, op. cit., p. 426.

*(B) La compensación en los Estados que siguen el modelo francés: el caso del Derecho español*

1. En el Derecho español, no existe ningún precepto que contenga una regla general sobre la compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia<sup>755</sup>. Únicamente se hace referencia a la compensación concursal en dos casos.

2. Primero, respecto del sector bancario, se admite la compensación concursal en las Directivas comunitarias a las que me referiré más adelante<sup>756</sup>, así como en las leyes que las transponen a nuestro ordenamiento.

3. En segundo lugar, en el art. 926 C. Co, en relación con otro supuesto específico: el de los créditos que contra la sociedad insolvente pudieran tener los socios comanditarios, de sociedades anónimas o de cuentas en participación.

*B.1. Los argumentos manejados por la doctrina mayoritaria*

1. A falta de una regla general al respecto, la doctrina mayoritaria afirma la inadmisibilidad de la compensación en los procedimientos concursales<sup>757</sup>. Esto sería consecuencia de la incorporación del modelo francés de compensación en general y en cuanto a su admisibilidad en los procedimientos concursales, en particular. Es decir, por una parte, de la adopción del modelo francés de compensación *ope legis*. Y, por otra, de la importancia de la lógica de la

---

<sup>755</sup> V. DÍEZ – PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., p. 547 ("...el problema queda abierto en la medida en que en nuestro Derecho positivo no existe una norma reguladora en la materia.") ; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", ADC, nº 11, p. 805; URÍA, R., "Reaseguro, quiebra y compensación", RDM, 1950, p. 401.

<sup>756</sup> V. *Infra* 2.1.B.2. § 8.

<sup>757</sup> Explicado por DÍEZ – PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 548 ss. y por VICENT CHULIÀ en *Compendio crítico...*, op. cit., p. 868.

compensación como pago frente a su función de aseguramiento en relación con las posibles crisis patrimoniales de la contraparte<sup>758</sup>.

2. Esta es la solución que se preveía en el art. 173 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983. De acuerdo con este precepto, no se admitiría la compensación con las deudas del concursado, salvo cuando los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso. Lo mismo se proponía en el art. 69 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1996.

3. También la Propuesta de Anteproyecto de Ley de 2000 prevé la prohibición de la compensación de los créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso, salvo en el caso de que la situación objetiva de compensabilidad concurriera con anterioridad a dicha declaración (art. 57). No obstante, en las Disposiciones adicionales de la Propuesta se prevé el respeto de lo previsto en la legislación especial en relación con los sistemas de compensación y la compensación bancaria.

4. De todos modos, y a pesar de lo previsto en el Anteproyecto de 1983 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1996, ésta no sería una cuestión pacífica para la doctrina española.

5. Los argumentos manejados por los defensores de la posición mayoritaria son, básicamente, los que se enunciaron al hacer referencia de manera general a los ordenamientos jurídicos pro-deudor<sup>759</sup>. Los expondré de nuevo, esquemáticamente, prestando especial atención a aquellos propios del ordenamiento jurídico español.

---

<sup>758</sup> V. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 429.

<sup>759</sup> V. *Supra* V. 2.1.

6. En primer lugar, la prohibición de compensar tras la declaración de apertura de un procedimiento concursal se apoyaría en el principio de indisponibilidad del patrimonio del quebrado<sup>760</sup>. Mediante este principio, se pretendería proteger la masa de la quiebra frente a posibles reducciones en perjuicio del conjunto de los acreedores. Se trataría de un efecto más de la declaración de apertura del concurso sobre los derechos de los acreedores.

7. Según señala VICENT CHULIÁ<sup>761</sup>, estos efectos serían los propios de una preliquidación. Esto es, por una parte, el vencimiento anticipado y simultáneo de todos los créditos contra el deudor insolvente. Por otra, la paralización del devengo de intereses<sup>762</sup>. Y en tercer lugar, la conversión automática de todos los créditos en pecuniarios o en dinero<sup>763</sup>.

8. Por otro lado, como ya se ha indicado más arriba, la declaración de quiebra impide a los acreedores hacer valer cualquier acción individual fundada en créditos contra el deudor. Los créditos de los que los acreedores pudieran ser titulares frente a éste se agruparían en una masa pasiva. Ésta se regiría por el principio de igualdad de trato entre todos ellos. Es decir, por el postulado de la *par conditio creditorum*<sup>764</sup>. En virtud de este postulado, los defensores de la postura mayoritaria, entienden que la compensación de créditos no debería con carácter general, admitirse en el concurso<sup>765</sup>. Otra cosa implicaría un tratamiento preferente injustificado de unos acreedores frente a otros, dentro de una misma clase<sup>766</sup>.

---

<sup>760</sup> Argumento explicado por Díez – Pícazo, L. en *Fundamentos...*, op. cit. , p. 548 y por Uría en "Reaseguro, quiebra...", op. cit. , p. 402.

<sup>761</sup> V. *Compendio crítico...*, op. cit. , p. 866.

<sup>762</sup> Salvo los garantizados con hipoteca o prenda hasta dónde alcance la respectiva garantía.

<sup>763</sup> Todo ello se deduciría de los arts. 883 ss. del Código de comercio español.

<sup>764</sup> V. Díez – Pícazo, L. , *Fundamentos...*, op. cit. , p. 548.

<sup>765</sup> Argumento explicado por Uría en "Reaseguro, quiebra...", op. cit. , p. 402.

<sup>766</sup> V. Rojo Ajuria, L. , *La compensación...*, op. cit. , p. 41.

Desde este punto de vista, un acreedor "con expectativa de compensar" no sería más que un "acreedor común".

9. En tercer lugar, esto sería coherente con la perspectiva de la que partirían tanto el Derecho francés como el español: la que entendería que lo más relevante en relación a la compensación sería su función de pago. De un modo en cierta medida simplista, se dice entonces, que si la declaración de quiebra impide el pago, tampoco podría compensarse en estos casos.

10. En cuarto lugar, los defensores de la postura mayoritaria en cuanto a la admisibilidad de la compensación en los procedimientos de insolvencia afirman que una vez declarada la quiebra ya no sería posible compensar, porque a partir de ese momento, nos encontraríamos en una situación similar a la de los créditos sometidos a retención<sup>767</sup> (*"...para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguna de las deudas haya retención y en realidad, y por ficción de la ley, durante todo el período al que se retrotrae la declaración de quiebra, existe retención sobre las cantidades del quebrado que estén en poder de terceras personas"*). La compensación estaría prohibida entonces en virtud de una aplicación analógica del art. 1196, 5º del Código civil<sup>768</sup>.

11. Otro argumento propio del Derecho concursal español sería el que tomaría como base el art. 926 del Código de comercio (= interpretación *a sensu contrario* del precepto)<sup>769</sup>. Como ya he dicho al inicio de este epígrafe, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma general en cuanto a la admisión de la compensación en la quiebra. No obstante, el art. 926 C. Co contiene la única

---

<sup>767</sup> V. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico...*, op. cit., p. 868.

<sup>768</sup> Según este artículo: *"Para que opere la compensación, es preciso: 5º que sobre ninguna de ellas (las deudas recíprocas) halla retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor"*.

<sup>769</sup> V. BAENA BAENA, Pedro J., *La compensación en las cuentas bancarias*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 126 - 127.



referencia específica a la compensación concursal que existe actualmente en el Derecho español<sup>770</sup>. Y ésta se refiere al ámbito del Derecho de sociedades.

Según este precepto, *"Los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, no figurarán en el pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en concepto de tales socios"*. Es decir, en este caso, el Código de comercio resuelve de manera afirmativa un supuesto de compensación en el concurso (el socio no figurará en el pasivo de la quiebra como acreedor más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades adeudadas<sup>771</sup>).

12. Con ello, según VICENT CHULIÁ<sup>772</sup>, pretendería favorecerse a quienes realizan una inversión de riesgo sin asumir la gestión del negocio.

13. De acuerdo con la opinión de los defensores de la postura mayoritaria en cuanto a la admisibilidad de la compensación en la quiebra, este precepto tendría el carácter de una excepción frente a la regla general<sup>773</sup>. El razonamiento para ello sería el siguiente: si el legislador hubiese querido que la compensación desplegara efectos a pesar de la declaración de quiebra lo habría hecho constar mediante una regla expresa, como lo habría hecho en el caso de la compensación con los créditos que frente a la sociedad pudieran tener los socios comanditarios, de sociedades anónimas o de cuentas en participación.

14. Por último, algún autor se opondría a la admisión de la compensación de créditos en el ámbito concursal sobre la base de que esta figura jugaría como una

---

<sup>770</sup> V. OLIVENCIA RUIZ, M. , "La compensación en la quiebra...", *ADC*, nº 11, p. 812.

<sup>771</sup> V. OLIVENCIA RUIZ, M. , "La compensación en la quiebra...", *op. cit.* , p. 812.

<sup>772</sup> En *Compendio crítico...*, *op. cit.* , p. 869.

<sup>773</sup> Explicado por OLIVENCIA RUIZ, M. , "La compensación en la quiebra...", *op. cit.*, pp. 845 ss. ; VICENT CHULIÁ en *Compendio crítico...*, *op. cit.* , p. 868.

"garantía oculta" y su reconocimiento tras la declaración de quiebra lesionaría la apariencia de solvencia del deudor<sup>774</sup>.

## *B.2. Los argumentos manejados por la doctrina minoritaria*

1. Los partidarios de la postura minoritaria entienden que debería admitirse la posibilidad de compensar tras la apertura de un procedimiento concursal. De este modo, se estaría protegiendo la expectativa de compensar creada con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia. Según estos autores, un acreedor que tenga a favor una expectativa de este tipo no habría de ser tratado en la quiebra del mismo modo que un acreedor ordinario, puesto que concedió crédito en función de dicha expectativa.

2. En mi opinión, ésta sería la postura más adecuada, puesto que partiría del respeto de las posiciones de las partes adquiridas en el momento de contratar (= *ex ante* a la declaración de la insolvencia)<sup>775</sup>.

3. Otros argumentos a favor de esta posición presentan elementos más discutibles. En primer lugar, se afirma que los derechos de compensar habrían de ser respetados en el concurso porque la propia declaración de quiebra crearía la situación objetiva de compensabilidad<sup>776</sup>. Para que el vencimiento de las deudas producido por la declaración de quiebra no permitiese el juego de la compensación con otras de sentido contrario en la cuantía concurrente, se precisaría una

---

<sup>774</sup> V. GARRIDO, José M., "El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3588 - 3590 y en *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milán, 1998, pp. 183 - 184.

<sup>775</sup> Esta sería la mejor forma de solucionar los problemas de acción colectiva que surgen en las situaciones de insolvencia (v. al respecto, en el marco del Derecho norteamericano, BAIRD, Douglas, *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, Nueva York, 1993, pp. 2 y 18, entre otras).

<sup>776</sup> V. URÍA, *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 1030.

previsión legal al respecto<sup>777</sup>. No existiendo una tal previsión legal, debería entenderse que "lo no prohibido estaría permitido". Así, la falta de una prohibición expresa de compensar en el Derecho positivo español implicaría su admisión generalizada en el concurso.

4. En segundo lugar, puede mantenerse que la admisión de la compensación concursal, no implicaría una vulneración injustificada del postulado de la *par conditio creditorum*. Es más, ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, cómo hoy en día, es generalmente aceptado que el principio de igualdad de los acreedores no ha de entenderse como una regla absoluta. Ya no se trataría de uno de los principios fundamentales del concurso, puesto que los criterios de redistribución no respetarían las posiciones de los acreedores (= el valor de los créditos) adquiridas con anterioridad a la situación de insolvencia.

Incluso, desde otra óptica, los propios defensores de la redistribución reconocen cómo el denominado "principio de proporcionalidad" habría cedido frente al de "preferencia"<sup>778</sup>.

5. Esto también ha intentado justificarse sobre la base de que, aunque la igualdad de trato entre los acreedores debería ser respetada, solamente habría de serlo entre los acreedores de una misma clase<sup>779</sup>.

---

<sup>777</sup> Así lo entiende por ejemplo, URÍA (v. "Reaseguro, quiebra...", *op. cit.*, p. 403).

<sup>778</sup> V. GARRIDO, José M<sup>a</sup>, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 721.

<sup>779</sup> Así lo interpreta URÍA con el fin de argumentar a favor de la admisión del juego de la compensación en los procedimientos concursales (v. "Reaseguro, quiebra...", *op. cit.*, p. 402): "(el dogma de la *par conditio creditorum*)...sólo tiene valor, como es bien sabido, dentro de cada clase o categoría". Lo mismo en la p. 406. Desde el punto de vista de este autor, la regla del la *par conditio* no se vería vulnerada por esta admisión del juego de la compensación de créditos en la quiebra, con independencia del modelo de compensación del que partamos (automática o que opera mediante declaración *ex parte*). URÍA llega a afirmar que, si tomamos la primera de estas dos posturas como punto de partida (= compensación que se consume por "ministerio de la ley") al principio *ope legis compensatur* habría de prevalecer sobre el principio de indisponibilidad de los bienes del quebrado.

6. Otro argumento a favor de la admisión de la compensación en los procedimientos concursales de acuerdo con la postura de la doctrina española minoritaria, es el que tomaría como base el art. 926 C. Co (= interpretación *a simili* del precepto<sup>780</sup>). Para estos autores, no se trataría de una excepción a la regla general, sino de una confirmación de la misma en un supuesto especialmente problemático: el de los créditos de las sociedades comanditarias, anónimas y de cuentas en participación frente a la sociedad quebrada. El razonamiento se enunciaría como sigue: "En Derecho español se admite la compensación en la quiebra. Tanto es así, que incluso en el supuesto problemático de la compensación ejercitada por los socios frente a la sociedad insolvente ésta podría entrar en juego"<sup>781</sup>.

7. No debe olvidarse, sin embargo, que la regulación de este supuesto respondería también a la constatación de que en algunos ordenamientos jurídicos comunitarios, la compensación con las aportaciones al capital social está prohibida.

8. Este sería el caso del ordenamiento alemán (En el caso de las sociedades anónimas, por ejemplo, esto es lo que se deduce del § 9 *GmbHGesetz*)<sup>782</sup>.

9. Según la doctrina alemana, esta prohibición tendría como base el deseo de garantizar a las sociedades un mínimo de liquidez.

10. Pues bien, dado que en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno existen prohibiciones de este tipo, el legislador español por medio de la inclusión

---

<sup>780</sup> V. por ejemplo, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *El valor de los créditos...*, op. cit., p. 329.

<sup>781</sup> Ese sería el planteamiento de los defensores de la posición minoritaria tal y como lo explica OLIVENCIA en "La compensación en la quiebra...", op. cit., p. 845, aunque no lo comparte.

<sup>782</sup> V. GOTTWALD, Peter, *Insolvenzrechtshandbuch*, Beck's, Munich, 1990, p. 485.

del art. 926 C. Co, estaría dejando clara la posibilidad de que los socios pudieran compensar en estos casos<sup>783</sup>.

11. En cuarto lugar, parece convincente entender, como se ha hecho en Francia<sup>784</sup>, que las mismas razones por las que se admitiría la compensación en los procedimientos concursales cuando se trata de créditos conexos, podrían aducirse a favor de la admisión de la posibilidad de compensar en la quiebra como norma general.

12. En la formulación de URÍA<sup>785</sup>, si la compensación en los procedimientos de insolvencia es admisible cuando se trata de créditos nacidos *ex eadem causa*, sobre la base de razones de equidad (= resultaría "injusto" que la compensación no pudiera jugar en estos casos), estas mismas razones deberían ser suficientes para permitir el juego de la compensación en la quiebra en general. Los motivos de equidad no desaparecerían por el hecho de que nos encontrásemos ante créditos nacidos *ex dispari causa*.

13. No faltarían en España algunos defensores de la admisión de la compensación en la quiebra sobre la base de que ésta colocaría a los acreedores concursales en una posición similar a la de los titulares de un derecho de retención o de prenda. La expectativa de compensar sería, entonces, equivalente a una garantía real. En este sentido, GARRIGUES ha afirmado que *"La posición del acreedor (que tiene a su favor una expectativa de compensar) se asemeja a la del titular de un derecho de retención o de prenda, que cobra su crédito sobre el valor de la garantía. Y como separa de la masa su propia deuda para pagar con*

---

<sup>783</sup> Parece que el art. 926 C. Co no se estaría refiriendo únicamente a las aportaciones sociales, o a los créditos derivados del contrato de sociedad mismo. El precepto se referiría a la posibilidad de compensar con cualquier crédito de los socios contra la sociedad. No necesariamente a los derivados de su condición de tales (v. OLIVENCIA RUIZ, M., "La compensación en la quiebra...", *op. cit.*, p. 838).

<sup>784</sup> V. *Supra* V. 2.1. (A) § 8.

<sup>785</sup> V. "Reaseguro, quiebra...", *op. cit.*, p. 406.

ella su crédito, opera, en definitiva, una reducción de esa masa, de igual modo que un acreedor pignoraticio<sup>786</sup>.

14. El principal problema de este modo de argumentar radicaría en la confusión que parece darse en estos autores entre la función de aseguramiento que puede jugar la compensación, sobre todo la convencional, y las características propias de los derechos reales sobre bienes ajenos<sup>787</sup>. La compensación habría de considerarse más bien una "garantía en sentido débil".

15. Por último, algunos autores utilizan como argumento que en el Derecho español hayan pasado a admitirse algunos supuestos de compensación concursal como consecuencia de la entrada en vigor de determinadas Directivas comunitarias y de las leyes mediante las cuáles éstas han sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español.

16. Estas normas de Derecho comunitario serían por ejemplo, la Directiva 96 / 10 / CE, de 21 de marzo de 1996<sup>788</sup>, que modifica la Directiva 89 / 647 / CEE sobre coeficiente de solvencia de las entidades de crédito<sup>789</sup>, en lo relativo al reconocimiento por las autoridades competentes de los acuerdos de compensación contractual<sup>790</sup> y la Directiva 98 / 26 / CE, de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y de liquidación de valores<sup>791</sup>. La primera de ellas admitiría el juego de la compensación en los

---

<sup>786</sup> *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 1980, p. 417.

<sup>787</sup> Diferencia explicada por GOODE en el ámbito del Derecho anglosajón entre los mecanismos de compensación convencional y los *Security Interests* (V. , por ejemplo, *Legal Problems of Credit...*, *op. cit.* , pp. 1 y 4).

<sup>788</sup> V. *DOCE*, 3.4.1996, L85, p. 17.

<sup>789</sup> V. *DOCE* , 30.12.1989, L386, p. 14.

<sup>790</sup> Directiva comentada por GÓMEZ – JORDANA, Iñigo en "La Directiva 96 / 10 / CE, de 21 de marzo de 1996, que modifica la Directiva 89 / 647 / CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual", *RDBB*, 63/1996, p. 651.

<sup>791</sup> V. *DOCE*, 11.6.1998, L166, p. 45.

procedimientos de insolvencia en relación con determinadas operaciones financieras como los *swaps* de tipos de interés y de tipos de cambio de moneda, *floors*, *collars* y otros contratos de opciones y de futuros.

17. La segunda ha sido transpuesta al Derecho español mediante la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores<sup>792</sup>. Se aplica a todo sistema regido por el Derecho de un Estado miembro, a elección de los participantes en el mismo. Éstos sólo pueden optar por el Derecho de un Estado miembro en el que al menos uno de ellos tenga su administración central (art. 1 en relación 2, a) ). Es decir, la Directiva es aplicable a los sistemas comunitarios y a las garantías constituidas por sus participantes ya sean éstos comunitarios o de países terceros. Lo relevante es que el sistema se rige por el Derecho de un Estado miembro, con el límite al que me acabo de referir.

18. Otro ejemplo al respecto lo constituiría la Ley 66/1997, de 30 de diciembre<sup>793</sup>, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. La Disposición adicional cuadragésimo primera de esta Ley prevé la adición de un punto cuatro a la Disposición adicional séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación en materia de entidades de crédito a la segunda Directiva de coordinación bancaria: reconoce eficacia en las situaciones concursales a los acuerdos de compensación en los que al menos una de las partes sea una entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad no residente autorizada a llevar a cabo las actividades reservadas por la legislación española a esas entidades o empresas.

19. Para ello, el acuerdo habría de prever la creación de una única obligación jurídica que abarcara todas las operaciones financieras incluidas en el mismo y

---

<sup>792</sup> V. BOE, 13.11.1999, p. 39646.

<sup>793</sup> V. BOE, 31.12.1997, p. 38517.

en virtud del cual, en caso de vencimiento anticipado, la partes sólo tendrían derecho a exigirse el saldo neto de las operaciones vencidas.

20. Esto mismo ha quedado recogido en la Disposición adicional 10ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre<sup>794</sup> de Mercado de Valores, que deroga lo dispuesto en la norma anteriormente mencionada<sup>795</sup>.

21. El argumento a favor de la admisión de la compensación en los procedimientos de insolvencia basado en las mencionadas normas, consistiría en que a partir de la entrada en vigor de éstas, no sería coherente que la compensación fuese admitida en las situaciones de insolvencia en el ámbito bancario, mientras que continuaría siendo excluida en el resto de los supuestos. Ambos grupos de casos serían valorativamente idénticos, por lo que la compensación habría de poder jugar en ambos<sup>796</sup>.

### *B.3. La posición del Tribunal Supremo*

1. En cuanto a la posición de la jurisprudencia española, ésta coincide con la posición doctrinal mayoritaria: se inadmitiría con carácter general la compensación en los procedimientos concursales<sup>797</sup>, salvo cuando los requisitos exigidos por el art. 1196 del Código civil se hubieran cumplido con anterioridad a la declaración del concurso. Según el Tribunal, la prohibición de la compensación en los procedimientos de insolvencia sería una consecuencia lógica de la regulación de esta figura conforme a lo previsto en el art. 1202 C. c.<sup>798</sup>

---

<sup>794</sup> V. BOE, 17.11.1998, p. 3744.

<sup>795</sup> V. Disposición derogatoria única.

<sup>796</sup> V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *El valor de los créditos...*, op. cit., pp. 301 ss.

<sup>797</sup> V. OLIVENCIA RUIZ, M., "La compensación en la quiebra...", op. cit., ADC, pp. 808 ss.

<sup>798</sup> V. ROJO AJURIA, Luis, "Comentario a la sentencia...", op. cit., p. 888.



2. Una primera sentencia del Tribunal Supremo al respecto sería la de 27.2.1888. Posteriormente, este Tribunal ha seguido una línea jurisprudencial continua en la materia. Así, pueden citarse entre otras las sentencias de 1.3.1929, 21.3.1932 y 19.2.1973. En esta última, puede leerse: "...*ni la suspensión de pagos, ni la quiebra suspenden la compensación, ello es en cuanto se cumplan los requisitos exigidos en el art. 1196 C. c.*".

3. Un especial interés presenta la decisión del mismo Tribunal de 17.3.1977, extractada al principio de este epígrafe. En ella, del mismo modo que lo hace la doctrina española mayoritaria, a falta de un precepto específico al respecto, se afirma la inadmisión de la compensación en los procedimientos de insolvencia sobre la base de los principios que inspirarían el Derecho concursal español<sup>799</sup>.

4. Sin embargo, es importante tener en cuenta la sentencia de 11.10.1988, puesto que esta decisión podría dar lugar a un cambio jurisprudencial.

Se trataba de un supuesto de compensación convencional gradual entre dos empresas, una de las cuales se encontraba inmersa en un procedimiento de suspensión de pagos. El litigio se planteaba respecto a unos créditos conexos relativos a unas cantidades pendientes de liquidación. Es decir, lo que se solicitaba era la compensación judicial de dichos créditos.

5. La respuesta del Tribunal Supremo en este caso sería muy similar a la postura mantenida por URÍA. En efecto, en el fundamento 4º de esta decisión, el Tribunal español admitió el juego de la compensación tras la declaración de insolvencia sobre la base de las dos siguientes razones. En primer lugar, que dicha admisión no vulneraría la regla de la *par conditio creditorum*<sup>800</sup>, ya que la

---

<sup>799</sup> V. *ib. id.*, pp. 888 – 889.

<sup>800</sup> El palabras del propio Tribunal, el juego de la compensación en este caso "*no produce daño alguno a los demás acreedores*".

cantidad concurrente no entraría a formar parte ni del activo, ni del pasivo de la entidad suspensa. En segundo lugar, se utiliza el argumento a *simili* en relación con lo previsto en el art. 926 C. Co. Es decir que, como expliqué al hilo de la opinión minoritaria, el Tribunal afirma que si "incluso" en el caso de los créditos de los socios comanditarios, de sociedades anónimas o de cuentas en participación cabe la compensación contra las deudas de la sociedad en los procedimientos de insolvencia, más aún habría de admitirse el juego de ésta en general, en este tipo de procedimientos.

6. Por otra parte, el Tribunal Supremo también hizo referencia en esta decisión al argumento de la equidad a favor de la posibilidad de compensar tras la apertura de un procedimiento concursal ("*...se ajusta más a la justicia del caso concreto la solución dada por la Audiencia de que figure como crédito sujeto al convenio la resta de tales cantidades*")<sup>801</sup>.

7. Como ha señalado ROJO AJURIA<sup>802</sup>, lo sorprendente de la decisión del Tribunal Supremo en la sentencia de 11.10.1988, sería que en lugar de admitir la compensación sobre la base de la conexidad existente entre los créditos, el Tribunal haya preferido dar una respuesta que cambiaría el tratamiento general de la compensación en los procedimientos de insolvencia si la comparamos con la jurisprudencia anterior.

8. Por último, el Tribunal ha admitido la compensación concursal en los contratos en cuenta corriente. Un ejemplo a este respecto sería el de la sentencia de 10.12.1941.

---

<sup>801</sup> Según la opinión de ROJO AJURIA, estas referencias del Tribunal a la injusticia de la solución contraria serían "excesivas". Equivaldrían a afirmar que el postulado de la *par conditio creditorum* sería injusto (V. , "Comentario a la sentencia...", *op. cit.* , p. 892.

<sup>802</sup> V. "Comentario a la sentencia...", *op. cit.* , p. 893.

*B.4. Los supuestos excluidos de la discusión: seis casos en los que se admite la compensación concursal en el Derecho español*

1. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española, coincidirían en cuanto a la posibilidad de compensar a pesar de la apertura de un procedimiento de insolvencia en seis supuestos.

2. Primero, cuando la situación objetiva de compensabilidad concurriera antes de la apertura del procedimiento de insolvencia<sup>803</sup>. Esto sería consecuencia del modelo de compensación que habría sido adoptado por el Código civil español (= modelo del Derecho francés): el de la compensación *ex lege*. De acuerdo con este modelo, la compensación de créditos operaría automáticamente, en cuanto concurriesen los requisitos de la situación objetiva de compensabilidad. De tal manera que si estos requisitos se cumpliesen con anterioridad a la declaración de apertura del concurso, los créditos recíprocos se habrían extinguido con anterioridad a dicha declaración. No podría entonces negarse que la compensación habría desplegado su efecto extintivo con independencia de la apertura del procedimiento de insolvencia.

3. Segundo, en el caso de los créditos conexos<sup>804</sup>. Se trataría de un supuesto en el que también la jurisprudencia francesa estaría de acuerdo en admitir el juego de la compensación<sup>805</sup>.

4. Tres razones pueden darse a favor de esta postura desde la perspectiva del Derecho español.

---

<sup>803</sup> V. DÍEZ – PICAZO, L. , *Fundamentos...*, op. cit. , p. 547; JIMÉNEZ MANCHA, J. C. , *La compensación...*, op. cit. , pp. 433 – 434.

<sup>804</sup> V. BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, *El valor de los créditos...*, op. cit. , p. 299; URÍA, R. , *Derecho Mercantil*, op. cit. , p. 1029; VICENT CHULIÁ, F. , *Compendio crítico...*, op. cit. , p. 868.

<sup>805</sup> V. *Supra* V.2.1. (A) § 8.

5. En primer lugar, razones de equidad. Resultaría demasiado "injusto" que cuando los créditos recíprocos deriven del mismo contrato, el deudor insolvente pudiera cobrarse en la totalidad, mientras que sus acreedores habrían de quedar sometidos a la ley del dividendo.

6. En segundo lugar, la conexidad entre los créditos fundaría una expectativa legítima de compensar en virtud de la cual la compensación tendría atribuida una función de garantía "en sentido débil".

7. Por último, como ha señalado URÍA<sup>806</sup>, ningún precepto del Derecho positivo español se opondría a la admisión de la compensación en este tipo de casos.

8. El tercer supuesto en el que se admite la compensación concursal en Derecho español sería el de los contratos en cuenta corriente<sup>807</sup>. Como afirma BERMEJO GUTIÉRREZ<sup>808</sup>, la propia estructura de este contrato obligaría a la admisión de la compensación en situaciones de insolvencia. Lo contrario frustraría la esencia del mismo: el principio de inseparabilidad de los créditos y de la automaticidad con la que jugaría la compensación en este tipo de contratos.

9. En cuarto lugar, cuando exista un pacto previo de compensación. Este supuesto es algo más problemático, pero VICENT CHULIÁ lo incluiría entre los casos de compensación concursal aceptados<sup>809</sup>.

10. En quinto lugar, en el supuesto del art. 926 C. Co<sup>810</sup>. Esto es, cuando se trate de compensar los créditos de los socios comanditarios, de sociedades anónimas y de cuentas en participación con las deudas de la sociedad insolvente.

---

<sup>806</sup> V. "Reaseguro, quiebra...", *op. cit.*, p. 400.

<sup>807</sup> V. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>808</sup> V. *op. cit.*, p. 299.

<sup>809</sup> V. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico...*, *op. cit.*, p. 868.

11. Por último, como también he apuntado anteriormente, en el ámbito bancario, la compensación contractual se admitiría en los supuestos de insolvencia de la contraparte como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de determinadas Directivas comunitarias<sup>810</sup>. Concretamente, la segunda Directiva de Coordinación bancaria, la Directiva 96 / 10 / CE, de 21 de marzo de 1996, que modifica la Directiva 89 / 647 / CEE en lo relativo al reconocimiento por las autoridades competentes de los acuerdos de compensación contractual y la Directiva 98 / 26 / CE, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación de valores en los sistemas de pagos y liquidación de valores.

12. En todos estos supuestos, la doctrina española estaría de acuerdo en que cabría compensar a pesar de la apertura del concurso. Desde el punto de vista de la posición mayoritaria, nos encontraríamos ante seis excepciones a la regla general. Si de lo que partimos es de una regla de admisión general de la compensación concursal, se trataría de los supuestos no controvertidos en cuanto a dicha admisión.

## **2.2. La compensación de créditos en los Estados comunitarios con un Derecho concursal pro-acreedor**

1. La admisión de la compensación en la quiebra sería propia de los que he denominado Derechos concursales pro-acreedor. En ellos, se protegen especialmente los intereses de los acreedores favorecidos por el derecho o al menos por la legítima expectativa de compensar. El punto de partida sería que una vez que tal expectativa existe, resultaría "injusto" que una de las partes (= el deudor insolvente) pudiera cobrar en la totalidad, mientras que la otra (= los

---

<sup>810</sup> V. SÁNCHEZ CALERO, F. , *Instituciones...*, op. cit. , p. 429.

<sup>811</sup> V. *Supra* V. 2.1.B.2. §§ 15 ss.

acreedores concursales a favor de los cuales nació dicha expectativa), sólo lo haría en la medida en que todos los acreedores de la misma clase hubiesen quedado satisfechos<sup>812</sup>.

2. Con la admisión de la compensación concursal, se concede una gran importancia a la función de aseguramiento de la compensación. Como ha puesto de manifiesto VIRGÓS SORIANO<sup>813</sup>, de este modo la compensación funcionaría *"...as an informal means to secure credit and to reduce financial exposures (a credit who may set-off his cross-claim against the debtor is, in substance, "secured")"*, sin que por ello se trate de un derecho real.

3. Esta solución se justificaría también sobre la base de la protección de la confianza. Conforme a ello, se considera digna de protección la legítima expectativa de compensar<sup>814</sup> a favor de los acreedores, que nacería con la sola existencia de dos créditos recíprocos, surgida con anterioridad a la situación de insolvencia.

4. Como ha señalado WOOD, los ordenamientos de la esfera de influencia del Derecho inglés, así como los de raíz germánica, tendrían otro punto en común. En ambos grupos de ordenamientos, se limita el principio general a favor de la posibilidad de compensar en el ámbito concursal durante el llamado "período sospechoso". El objeto de esta limitación consistiría en evitar creaciones "artificiales" o "fraudulentas" de la compensabilidad<sup>815</sup>. Como los acreedores podrían crear artificialmente la situación de compensabilidad, adquiriendo créditos

---

<sup>812</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 1166, n. marg. 24 – 50.

<sup>813</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M., *The 1995 European...*, op. cit., p. 21.

<sup>814</sup> V. *ib. id.*, p. 21.

<sup>815</sup> V. WOOD, P. R., *Principles of International...*, op. cit., p. 103, n. marg. 5 – 28 y p. 275, n. marg. 16 – 10: *"...States which allow Insolvency Set-off usually restrict the preferential build-up of Set-offs in the twilight"*.

contra el deudor estos ordenamientos "...almost invariably have special rules to avoid the preferential effect to these build-ups"<sup>816</sup>.

La amplitud de dicho período variará de un sistema jurídico a otro. Pero, la regla sería la misma: "...a party knowing of a "looming" insolvency should be prevented from acquiring a new Set-off at the expense of the other creditors of the insolvent"<sup>817</sup>.

#### (A) La compensación en el Derecho concursal inglés

1. El Derecho inglés es el más liberal de entre los de nuestro entorno jurídico en cuanto a la admisión de la compensación de créditos en los procedimientos concursales. De ahí afirmaciones de la doctrina inglesa como las siguientes: "*This self-help remedy (la compensación) is not only efficient, requiring virtually no expenditure of time or money, it also enables the creditor to jump ahead of other creditors in the event of his counterparty's bankruptcy or liquidation*"<sup>818</sup>; "...(*Insolvency Set-off*) is one of the most striking exceptions to the principle of *pari passu* distribution in insolvency"<sup>819</sup>; "...(*los acreedores con derecho a compensar*) are put in the position of secured creditors to the extent of the value of the debt which they owe to the insolvent estate, while remaining entitled to receive dividend on any balance of their claim *pari passu* with the other creditors whose claims rank alongside their own in terms of priority"<sup>820</sup>.

2. La compensación viene admitiéndose por parte de los tribunales ingleses desde el siglo XVII en aras de determinadas razones de equidad.

---

<sup>816</sup> V. *ib. id.*, p. 103, n. marg. 5 – 28.

<sup>817</sup> V. WOOD, P. R., *Principles of International...*, *op. cit.*, p. 355, n. marg. 7 – 233.

<sup>818</sup> V. McCracken, S., *The Banker's Remedy...*, *op. cit.*, vii.

<sup>819</sup> GOODE, R. M., "Recensión al libro de WOOD...", *op. cit.*, p. 358.

<sup>820</sup> V. FLETCHER, I. F., *Insolvency in Private...*, *op. cit.*, 1999, p. 81.

3. En efecto, el principal motivo por el que se admitiría la compensación desde la perspectiva del ordenamiento jurídico inglés, sería la consideración del carácter "injusto" que entrañaría el hecho de que el deudor insolvente pudiera cobrarse en su totalidad aunque existiera un procedimiento de quiebra en curso, mientras que los acreedores habrían de someter sus créditos a la ley del dividendo. Ambos gozaban, con anterioridad a la declaración de apertura del concurso, de una expectativa de compensar equivalente.

4. Esto es lo que se deduce del texto de DERHAM que he reproducido al inicio de este epígrafe. También de otras de las opiniones que este autor explica en su monografía<sup>821</sup>. Bastante ejemplificativa me parece la siguiente: "*While admittedly it does seem to be rather harsh that a creditor of the bankrupt should only receive a dividend for what the bankrupt owes him and at the same time be required to pay the full value of what he owes to the bankrupt*". Sin embargo, el propio DERHAM se plantea si esta admisión de la compensación en la quiebra que ha venido aceptándose en el Derecho inglés a lo largo de siglos, no habría de ser revisada. En este sentido, afirma a continuación del párrafo anterior: "*but it is also harsh for the other creditor to be confined to a rateable proportion for the debts owing to them*".

5. La posibilidad de utilizar mecanismos de *Set-off* con la finalidad de obtener los mismos efectos de cobertura frente a la insolvencia de la contraparte que si se tratara de un derecho real (*Security Interest*), se encuentra también en los pronunciamientos judiciales.

6. Así, en la sentencia de 1995 en el asunto *Stein v. Blake*<sup>822</sup>, se confirma la opinión de la *House of Lords* en el asunto *National Westminster Bank Ltd. c.*

---

<sup>821</sup> V. DERHAM, R., *Set-off*, op. cit., p. 149.

<sup>822</sup> V. 2 All ER, 1995, p. 961.



Halesowen Presswork & Assemblies Ltd<sup>823</sup>: *"Bankruptcy Set-off...affects the substantive rights of the parties by enabling the bankrupt's creditor to use this indebtedness to the bankrupt as a form of security; Instead of having to prove with other creditors for the whole of his debt under the bankruptcy, he can set-off pound for pound what he owes the bankrupt and prove for or pay the balance"*. Ello, sin que se trate de una garantía en sentido estricto<sup>824</sup>.

7. De las tres formas de *Set-off* que en la actualidad existen en el Derecho inglés (= *Independent Set-off*, *Transactional Set-off* e *Insolvency Set-off* o *Netting*<sup>825</sup>), la compensación concursal fue la primera reconocida<sup>826</sup>.

8. El primer supuesto en el que un tribunal inglés reconoció esta posibilidad de compensar a pesar de la apertura de un procedimiento de insolvencia fue en el asunto *Chapman c. Derby*, en 1684<sup>827</sup>.

9. En este asunto, se afirmó: *"..a man should not be charged with the account on the credit side, and be put to come in as a creditor for the debt owing to himself, but should only answer to the bankrupt's estate the balance of the account"*.

10. Se trataría con ello de proteger a los acreedores del quebrado frente a la quiebra. Esto sería coherente con la concepción que de la misma se tenía en

---

<sup>823</sup> V. AC, 1972, p. 785. En este asunto, se admitió la compensación concursal en aplicación del *Bankruptcy Act* de 1914.

<sup>824</sup> V. McCracken, S., *The Banker's Remedy...*, op. cit., p. 189: *"Acceptance of the proposition that set-off has a security function giving the assessor of an Insolvency Set-off a better position in the insolvency than the general unsecured creditor, does not mean that the assessor necessarily has the status of a secured creditor in the legal sense"*.

<sup>825</sup> V. Derham, R., *Set-off*, op. cit., p. 4.

<sup>826</sup> V. Wood, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 282, n. marg. 7 – 26.

<sup>827</sup> V. 23 *England Reports*, p. 684.

aquel momento (s. XVII): la quiebra constituía un delito. De ahí que la regulación tuviera cierta "simpatía" por el acreedor frente al deudor insolvente<sup>828</sup>.

11. En 1705<sup>829</sup>, se reguló la compensación por primera vez por medio de un *Statute*. A partir de ese momento, la inclusión de un precepto admitiendo la compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia fue pasando de unos *Statutes* a otros, hasta nuestros días (me refiero a las leyes inglesas de 1718<sup>830</sup>, 1729<sup>831</sup>, 1732<sup>832</sup>, 1735<sup>833</sup>, 1797<sup>834</sup>, 1806<sup>835</sup>, 1825<sup>836</sup>, 1849<sup>837</sup>, 1869<sup>838</sup>, 1883<sup>839</sup>, 1914<sup>840</sup>).

12. En el caso de la liquidación de sociedades, la admisión de la compensación se reguló por primera vez en el *Supreme Court of Judicature Act* de 1875<sup>841</sup>.

---

<sup>828</sup> V. McCracken, Sheelagh, *The Banker's Remedy...*, op. cit., p. 45.

<sup>829</sup> Secc. 11. 4 & 5 Anne, c. 17.

<sup>830</sup> 5 Geo. I c. 24.

<sup>831</sup> Secc. 13 de un *Act for the Relief of Debtors with respect to the Imprisonnement of their Persons*.

<sup>832</sup> 5 Geo. II, c. 30.

<sup>833</sup> 8 Geo. 2 c 24.

<sup>834</sup> 37 Geo. II c. 124.

<sup>835</sup> Secc. 3ª, 46 Geo III, c. 135.

<sup>836</sup> Secc. 50ª, 6 Geo. IV, c. 16.

<sup>837</sup> Secc. 171, *Bankrupt Law Consolidation Act*.

<sup>838</sup> Secc. 39, *Bankruptcy Act*.

<sup>839</sup> Secc. 38 *Bankruptcy Act*.

<sup>840</sup> Secc. 31 *Bankruptcy Act*. Este mantuvo en vigor durante casi setenta años, hasta la aprobación del *Insolvency Act* de 1986.

<sup>841</sup> V. DERHAM, R., *Set-off*, op. cit., p. 151.

13. En la actualidad, existen dos normas en vigor en el Derecho inglés en relación con la compensación concursal. Para las personas físicas rige la Secc. 323 del *Insolvency Act* de 1986 (IA). De acuerdo su tenor literal, "*This Section applies where before the commencement of the bankruptcy there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the bankrupt and any creditor of the bankrupt proving or claiming to prove for a bankruptcy debt*"<sup>842</sup>. *An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other*"<sup>843</sup>.

Para las personas jurídicas se aplica la regla 4. 90 de las *Insolvency Rules* de 1986. Se trata de un precepto paralelo al anterior<sup>844</sup>.

14. Lo relevante en ambos casos para que la compensación pueda operar en los procedimientos de insolvencia sería la existencia de "*Mutual Credits*", de "*Mutual Debts*" o de "*Mutual Dealings*"<sup>845</sup>. Esto es, de reciprocidad entre los créditos<sup>846</sup>. De manera que, si tenemos en cuenta lo explicado anteriormente acerca de la compensación extraconcursal, la conclusión sería que, en el Derecho inglés los requisitos para que esta figura opere en los procedimientos de insolvencia son menores que para su funcionamiento fuera de ellos<sup>847</sup>.

---

<sup>842</sup> Secc. 323, (1).

<sup>843</sup> Secc. 323, (2).

<sup>844</sup> De acuerdo con esta norma, si antes de la liquidación existían "*Mutual Credits*", "*Mutual Debts*" "*Mutual Dealings*" se podría producir el efecto compensatorio entre los créditos recíprocos a pesar de la apertura del procedimiento de insolvencia: V. JAMES, Simon, *The Law of Derivatives*, LLP, Londres / Hong-Kong, 1999, p. 284.

<sup>845</sup> V. DERHAM, R. , *Set-off*, *op. cit.* , p. 149.

<sup>846</sup> V. FLETCHER, Ian F. , *The Law of Insolvency*, Londres, 1996, p. 253.

<sup>847</sup> V. FLETCHER, I. F. , *The Law of...*, *op. cit.* , p. 253.

15. Los límites a la regla general del Derecho inglés (= admisión del juego de la compensación en la quiebra) aparecen regulados en el apartado 3 de la Sección 323 del *Insolvency Act* de 1986 (*"Sums due from the bankrupt to another party shall not be included in the account taken under subsect. 2 if that other party had notice at the time they became due that a bankruptcy petition relating to the bankrupt was pending"*).

16. Estos preceptos vendrían motivados por el deseo del legislador de impedir la creación "artificial" de situaciones de reciprocidad. Con ellas se pretendería lograr beneficiarse fraudulentamente de la "preferencia" que la compensación concedería a los acreedores en los procedimientos de insolvencia. Esto es, como ha señalado WOOD<sup>848</sup>: *"The main object of this provision is to prevent creditors from improving their set-off position where an insolvency is imminent"*.

17. Los supuestos en los que no se permitiría que la compensación operase en los procedimientos de insolvencia serían dos<sup>849</sup>. En primer término, aquellos en los que el acreedor adquiriera voluntariamente el crédito después de la notificación de la petición de apertura.

18. En segundo lugar, aquellos en los que el acreedor adquiriese los créditos compensables voluntariamente, tras la fecha de la apertura del procedimiento. En este último caso, además de lo previsto expresamente en los preceptos que regulan la compensación concursal, podría alegarse que la compensación no debería operar porque el requisito de la reciprocidad de los créditos no se daba con anterioridad a la declaración de apertura del concurso<sup>850</sup>.

---

<sup>848</sup> V. *English and International...*, op. cit., p. 354, n. marg. 7 – 230.

<sup>849</sup> V. WOOD, P. R., *English and International...*, op. cit., p. 358, n. marg. 7 – 240 ss y FLETCHER, I. F., *The Law of...*, op. cit., p. 253.

<sup>850</sup> V. *ib. id.*, p. 359, n. marg. 7 – 243.

19. De todos modos, el acreedor podría conseguir compensar si prueba que durante el período sospechoso el deudor era solvente<sup>851</sup>.

20. Con esta regulación, el período sospechoso empezaría a contar desde la notificación de la solicitud de apertura del concurso. En anteriores regulaciones estatutarias, sin embargo, este período abarcaba los tres meses anteriores al comienzo del procedimiento<sup>852</sup>.

21. Una peculiaridad del Derecho inglés sería el carácter imperativo de la regla según la cual habría de admitirse la compensación en la quiebra<sup>853</sup> (*"...as a matter of public policy the application of Set-off in accordance with the enacted provisions is a mandatory requirement from which it is not possible for parties to exclude themselves by means of any contract or agreement"*<sup>854</sup>). Incluso, en algún caso, se ha llegado a discutir si podría considerarse una regla cuya inobservancia en el tráfico jurídico externo podría dar lugar a la vulneración del orden público inglés<sup>855</sup>.

#### (B) La compensación en los Derechos concursales alemán y austriaco

1. Tanto el Derecho alemán como el Derecho austriaco contienen una regulación específica sobre la compensación en los procedimientos de insolvencia. De los preceptos dedicados a esta cuestión en las respectivas leyes concursales puede deducirse una regla general: la compensación sería admisible a pesar de la apertura del concurso. Los límites que el juego de esta figura

---

<sup>851</sup> V. PASSAMANO, Russel J. , *"Set-off in Bankruptcy: an overview of the mechanics"*, *The Banking Law Journal*, vol. 105, 1988, p. 350.

<sup>852</sup> V. *ib. id.* , p. 355, n. marg. 7 – 232.

<sup>853</sup> . GOODE, R. M. , *Legal Problems...*, *op. cit.* , p. 170; WOOD, P. R. , *English and International...*, *op. cit.* , p. 287. "(frente a la compensación legal)...*Insolvency Set-off is compulsory and cannot be excluded by agreement*". También en la página 293, n. marg. 7 – 54.

<sup>854</sup> V. FLETCHER, I. F. , *Insolvency in Private...*, *op. cit.* , p. 80.

presenta de acuerdo con estos ordenamientos jurídicos, son mayores que los contenidos en el Derecho anglosajón.

2. En ambos Derechos, en comparación con lo que ocurre en sede de compensación extraconcursal, por un lado, la posibilidad de compensar se vería ampliada por la apertura de un procedimiento concursal y, por otro, más restringida<sup>856</sup>. Esto derivaría de que las condiciones que se exigen para afirmar la concurrencia de la situación objetiva de compensabilidad se verían reducidas en el ámbito de los procedimientos de insolvencia.

3. Por otra parte, la compensación jugaría de manera más limitada como consecuencia de la apertura del concurso. Esto obedecería a la necesidad de evitar posibles "maniobras fraudulentas" de los acreedores para poder cobrarse en virtud de la compensación, sin tener que someter sus créditos a la ley del dividendo. Estas dos afirmaciones se entienden mejor a la luz de los preceptos concretos que regulan la compensación concursal en los Derechos austriaco y alemán.

4. Desde el 1.1.1999, la ley concursal en vigor en Alemania es la *Insolvenzordnung*. Esta ley deroga todas las anteriormente vigentes en el ámbito concursal. Es decir, tanto la *Konkursordnung*, como la *Vergleichsordnung* y la *Gesamtsvollstreckungsordnung*<sup>857</sup>. Sin embargo, la regulación prevista en la *Konkursordnung* de 1877 seguirá aplicándose a los procedimientos de insolvencia abiertos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley<sup>858</sup>. Tanto esto, como

---

<sup>855</sup> As. Re Bank of Credit and Commerce International SA en 4 *All ER*, 1996, p. 796. Comentado por FLETCHER en *Insolvency in Private...op. cit.*, pp. 74 ss. y por SMART en *Cross-Border Insolvency*, Butterworths, Londres, 1998, p. 318.

<sup>856</sup> V. DULLINGER, Silvia, *Handbuch der Aufrechnung*, Springer, Viena, 1995, p. 313; WOLF, M., *Die Aufrechnung...*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>857</sup> V. SCHULZ, Dirk, "Die Entwicklung des Insolvenzrechts im Jahre 1999", *Insolvenz & Vollstreckung*, 1999, p. 43.

<sup>858</sup> V. VIERTELHAUSEN, Andreas, "Aufrechnungen und Abtretungen im Insolvenzverfahren", *Insolvenz & Vollstreckung*, 1999, p. 77.

el hecho de que la regulación de 1877 haya influido en muchos ordenamientos jurídicos de la órbita germánica, hace interesante un breve estudio de las dos regulaciones.

5. La *Konkursordnung* alemana dejaba abierta la posibilidad de compensar, a pesar de la declaración de quiebra (§§ 53 ss. KO)<sup>859</sup>. Esto es lo que se deducía del tenor literal del § 53 KO: *"En la medida en que un acreedor estuviere facultado para compensar, no precisará invocar su crédito en el procedimiento concursal"*.

6. El § 54 KO preveía como regla general, la admisión de la compensación en el concurso cuando la situación objetiva de compensabilidad (limitada, en este caso, al requisito de la reciprocidad de los créditos) se hubiera producido con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia. De este modo, se estaría protegiendo la expectativa de compensar (*"...das Vertrauen in die einmal eingetretene Aufrechnungslage"*)<sup>860</sup>.

7. Como en el caso del Derecho inglés, los autores alegaban aquí razones de equidad a favor de la solución adoptada. Sirva como ejemplo la opinión de BAUR / STÜRNER: *"...si se hubiese prohibido legalmente la compensación concursal, el crédito del deudor debería pasar a formar parte en su totalidad de la masa de la quiebra, mientras que en relación con su deuda sólo debería prestar lo que correspondiera de acuerdo con la ley del dividendo, una solución que a todas luces, no se compadecería con la equidad..."*<sup>861</sup>.

8. No hay duda de que esta regulación implicaba la concesión de una gran importancia a la función de aseguramiento de la compensación. De ahí que de una

---

<sup>859</sup> V. GOTTWALD, P., *Insolvenzrechtshandbuch*, op. cit., p. 483, n. marg. 1.

<sup>860</sup> V. GOTTWALD, P., *Insolvenzrechtshandbuch*, op. cit., p. 483, n. marg. 1.

<sup>861</sup> V. BAUR, F. / STÜRNER, R., *Zwangsvollstreckung, Konkurs...*, op. cit., p. 205, n. marg. 16.1.

forma muy "plástica" BOTTICHER se refiriera a la "*Selbstexecution im Wege der Aufrechnung*"<sup>862</sup>.

El acreedor que tiene la expectativa de compensar quedaría protegido frente a las posibles crisis patrimoniales de la contraparte: podría cobrarse ejecutando su propio crédito mediante compensación.

9. Tanto es así, que algunos autores llegaron a comparar la compensación con un "derecho de prenda sobre la propia deuda" (*Pfandrecht an der eigenen Schuld*)<sup>863</sup>. No obstante, en la actualidad, esta postura se considera demasiado extrema.

10. Como acabo de indicar, en contra de lo que pudiésemos deducir del tenor literal del § 54 KO, no se exigiría aquí, como en el caso de los sistemas jurídicos que siguen el modelo francés, que concurriesen las mismas condiciones necesarias para la compensación legal. Más bien, lo que se derivaba de los §§ 53 ss. KO sería lo siguiente: bastaría con que con anterioridad a la apertura del procedimiento concurriera el requisito de la reciprocidad, para que la compensación pudiese operar en la quiebra<sup>864</sup>.

11. Sin embargo, por otra parte, el requisito de la reciprocidad aparecería reforzado en el ámbito concursal. Se exige que concorra en un determinado momento: con anterioridad a la apertura del concurso. Y se presumirá creado "artificialmente" en el caso de que no existiera reciprocidad antes de los seis meses que preceden a la apertura del procedimiento.

---

<sup>862</sup> V. BOTTICHER, Eduard, "*Die "Selbstexecution" im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts*", *Festschrift Schima*, Manz, Viena, 1969, pp. 95 - 98.

<sup>863</sup> V. WEIGELIN, Ernst, *Das Recht zur Aufrechnung an der eigenen Schuld*, Helwing, Hannover, 1904, pp. 44 ss.

<sup>864</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit. ; p. 54; WOLF, M., *Die Aufrechnung...*, op. cit. , p. 213.



12. Las prohibiciones de compensar en los procedimientos de insolvencia aparecían reguladas, como excepción a la regla general, en el § 55 KO. Sobre la base de este artículo, la compensación no podía operar cuando la situación objetiva de compensabilidad se hubiera creado de una manera fraudulenta o con motivo de una "ventaja casual" (= *Zufallsvorteil*)<sup>865</sup>. Esto es, cuando la compensabilidad se hubiera creado de forma "artificial", ya fuera antes o después de la apertura del concurso. Con ello, se pretende evitar una reducción fraudulenta de la masa de la quiebra<sup>866</sup>.

Concretamente, en virtud del § 55 KO, no se admitiría la compensación si el acreedor hubiera adquirido un crédito contra el quebrado con conocimiento de su situación de insolvencia o de la solicitud de apertura del concurso<sup>867</sup>. La *Konkursordnung* preveía un período sospechoso de seis meses.

13. Un pacto de compensar posterior a la apertura de la quiebra no sería inválido. No obstante, sus efectos se paralizarían (= permanecería ineficaz) hasta la conclusión de dicho procedimiento.

14. Estas prohibiciones tendrían carácter imperativo<sup>868</sup>.

15. La nueva regulación de la compensación concursal contenida en la *Insolvenzordnung (InsO)* responde a los mismos fundamentos que estaban en la base de la regulación anterior. Es decir, se sigue protegiendo la confianza de los

---

<sup>865</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 299.

<sup>866</sup> V. BAUR, F. / STÜRNER, R., *Zwangsvollstreckung, Konkurs...*, op. cit., p. 205, n. marg. 16.3; WOLF, Martin, *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 211.

<sup>867</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 48.

<sup>868</sup> V. GOTTWALD, P., *Insolvenzrechtshandbuch*, op. cit., p. 494, n. marg. 47.

acreedores que tuvieran a su favor una expectativa de compensar anterior a la apertura del concurso<sup>869</sup>.

16. Del mismo modo que en la *Konkursordnung*, esta expectativa se originaría con la mera existencia de créditos recíprocos (= suavización de la situación objetiva de compensabilidad anterior a la apertura del procedimiento concursal).

17. Los preceptos que se refieren a esta cuestión son más perfectos técnicamente que los de la *Konkursordnung*. Con ello, se ha ganado en claridad.

18. Continúa tomándose como punto de partida que el acreedor que con anterioridad a la apertura del concurso pudiera confiar en la posibilidad de compensar no verá afectada tal expectativa como consecuencia del procedimiento de insolvencia<sup>870</sup>.

19. De acuerdo con el § 94 *InsO*, si en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, un acreedor del quebrado podía hacer valer un derecho a compensar de origen legal o convencional<sup>871</sup>, no verá afectado su derecho por la apertura de dicho procedimiento<sup>872</sup> (*"Si en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, un acreedor concursal fuese titular de un derecho a compensar, legal o convencional, ese derecho no se verá afectado por dicho procedimiento"*).

---

<sup>869</sup> V. SMID, Stefan, *Insolvenzordnung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1999, p. 519, n. marg. 4; WERNER, F., *Umgehung von Aufrechnungshindernissen...*, op. cit., pp. 193 ss.

<sup>870</sup> V. UHLENBRUCK, Wilhelm, *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts und Anwaltspraxis, Herne / Berlin, 1994, p. 411.

<sup>871</sup> Como podemos observar, la nueva regulación ha incluido aquí una mención expresa a la compensación convencional. En esta materia, se venía entendiendo que tanto la compensación legal como los pactos de compensar hablan de recibir un mismo tratamiento (v. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 91).

<sup>872</sup> V. UHLENBRUCK, W., *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., p. 409.

20. Del mismo modo que en la regulación anteriormente vigente, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, no será necesario que se den todos los requisitos de la situación objetiva de compensabilidad legal para que pueda compensarse en el ámbito concursal.

21. El § 95. 1 no deja lugar a dudas a este respecto: *"Aunque en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, los créditos compensables o uno de ellos estuvieren sometidos a condición o no fuesen exigibles o fuesen heterogéneos, la compensación podrá operar cuando concurren dichos requisitos"*. Es decir, la compensación podría operar aunque en el momento de la apertura de la quiebra el crédito no estuviese vencido, fuese heterogéneo o estuviese condicionado, una vez que estos impedimentos dejaran de concurrir<sup>873</sup>.

22. Por otro lado, se sigue manteniendo la previsión de una serie de prohibiciones de compensar.

23. En este sentido, la novedad consistiría en la redacción del § 96 *InsO*. En virtud de este precepto, se impide la compensación cuando los acreedores hubieran adquirido los créditos con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal (*"(2) Cuando un acreedor concursal haya adquirido su crédito compensable de otro acreedor tras la apertura del procedimiento de insolvencia"*). Esto implica que el requisito de la reciprocidad habrá de concurrir antes de la apertura de dicho procedimiento.

24. Además, también se prohíbe la compensación cuando el acreedor del deudor insolvente se hubiera convertido en deudor del mismo con posterioridad a la apertura del concurso (§ 96. 1 *InsO*: *"Cuando un acreedor concursal se haya*

---

<sup>873</sup> AA. VV. (WIMMER...), *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 1999, p. 625, n. marg. 3.

convertido en deudor de la masa tras la apertura del procedimiento de insolvencia")<sup>874</sup>.

25. En estos dos supuestos, en el momento de la apertura del concurso, el acreedor no podía confiar en que iba a compensar<sup>875</sup>: bien porque aún no había adquirido su crédito, o bien porque aún no era deudor del quebrado.

26. Finalmente, se prevén una serie de prohibiciones cuya finalidad consistiría en evitar la creación "artificial" de la posibilidad de compensar en detrimento de la masa de la quiebra<sup>876</sup>.

27. La ley concursal austriaca (*Konkursordnung* (= KO austriaca) de 1914) sigue el modelo de la *Konkursordnung* alemana de 1877. De acuerdo con el § 19 KO, "Los créditos que en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia ya fueren compensables, no precisarán ser invocados en el concurso". Esto es, el principio general consistiría en la admisión de la compensación en la quiebra. Lo que no cabría sería el cobro en efectivo de los créditos por parte de los acreedores.

28. Según DULLINGER<sup>877</sup>, "Esto encuentra su justificación en la consideración según la cual para los acreedores en cuestión (= acreedores titulares de una expectativa de compensar) existiría una cobertura, que adquiere especial relevancia precisamente, en la insolvencia de la contraparte". Es decir, que la admisión de la compensación en estos casos se justificaría sobre la base de su función de aseguramiento que derivaría de la expectativa de compensar a que daría lugar la situación objetiva de compensabilidad (*Sicherungsfunktion der*

---

<sup>874</sup> UHLENBRUCK, W. , *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit. , p. 412.

<sup>875</sup> V. *ib. id.* , p. 412; AA. VV. (WIMMER...) , *Frankfurter kommentar...*, op. cit. , p. 630, n. marg. 1.

<sup>876</sup> V. UHLENBRUCK, W. , *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit. , pp. 412 – 413.

<sup>877</sup> V. DULLINGER, Silvia, *Handbuch der Aufrechnung*, op. cit. , p. 307.

*Aufrechnungslage*). La expectativa de compensar no debería pues, verse frustrada por la apertura de un procedimiento concursal<sup>878</sup>. De tal manera que, la compensación daría lugar a una preferencia para el cobro en los procedimientos de insolvencia ( "... (la compensación) da lugar a una forma especial de liberación del contracrédito en la cantidad compensada a favor de los acreedores concursales" )<sup>879</sup>.

29. Del mismo modo que en el sistema de compensación concursal que preveía la *Konkursordnung* alemana, la ley austriaca restringe el juego de la compensación en la quiebra por medio de dos extremos (§ 20 KO).

30. Por un lado, reforzando el requisito de la reciprocidad. Ésta habrá de concurrir con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia.

31. Por otro, prohibiendo la compensación cuando el acreedor haya adquirido sus créditos compensables dentro del "*período sospechoso*" (= los seis meses anteriores a la apertura del procedimiento). Incluso, si los créditos se hubiesen adquirido con anterioridad al período sospechoso indicado, tampoco podría operar la compensación si el acreedor conocía o había de tener noticia de la crisis patrimonial de la contraparte<sup>880</sup>. De esta forma, se estaría protegiendo a los acreedores anteriores y se pretendería evitar las adquisiciones fraudulentas de créditos<sup>881</sup>.

32. Por último, también se prohíbe expresamente la compensación cuando el acreedor se haya convertido en deudor del quebrado tras la apertura del procedimiento de insolvencia (§ 20. 1, 1 KO).

---

<sup>878</sup> V. *ib. id.* , p. 313; HOLZHAMMER, Richard, *Österreichisches Insolvenzrecht Konkurs und Ausgleich*, 5ª ed. , Springer, Viena / Nueva York, 1996, p. 37.

<sup>879</sup> V. *ib. id.* , p. 56. . .

<sup>880</sup> V. HOLZHAMMER, R. , *Österreichisches Insolvenzrecht...*, *op. cit.* , p. 38,

33. Como excepciones a la prohibición, la *Konkursordnung* permite que prospere la declaración de compensación en la quiebra en los siguientes supuestos (§ 20, 2).

34. En primer lugar, cuando el acreedor hubiese adquirido los créditos con carácter previo al período sospechoso de seis meses previsto legalmente.

35. En segundo término, si el acreedor estaba obligado a la adquisición del crédito y al hacerlo no conocía ni había de conocer la insolvencia del deudor.

(C) *La compensación en el Derecho concursal italiano a partir de la reforma de 1942.*

1. Con anterioridad a la reforma de 1942, el Código civil italiano de 1865 seguía el modelo francés de compensación. De ahí que las reglas en cuanto a la admisibilidad de la compensación concursal también fuesen coincidentes con las del Derecho francés. Es decir, la regla general era la inadmisibilidad de la compensación en los procedimientos de insolvencia salvo cuando las condiciones de la situación objetiva de compensabilidad se daban ya con anterioridad a la declaración de apertura. Esto es, en aquellos casos en los que los créditos se hubieran extinguido por efecto de la automaticidad de la compensación.

2. En la actualidad, lo que se deduce del Código civil de 1942 junto con lo previsto a este respecto en la *Legge fallimentare* es una aproximación del modelo italiano de compensación al de la *Konkursordnung* alemana y Derechos afines al alemán<sup>882</sup>: la compensación podrá operar a pesar de la existencia de un procedimiento de quiebra en curso.

---

<sup>881</sup> V. DULLINGER, S., *Handbuch der Aufrechnung*, op. cit., p. 324.

<sup>882</sup> V. GARRIDO, J. M., *Preferenza e proporzionalità...*, op. cit., p. 182.

3. Para la admisión de la compensación concursal, no se precisará que todos los requisitos de la situación objetiva de compensabilidad concurrieran en un momento anterior a la declaración de apertura del concurso<sup>883</sup>.

4. En efecto, el art. 56. 1 de la vigente ley de quiebras italiana (*Legge fallimentare*) prevé la posibilidad de compensar en la quiebra con "*crediti non scaduti*" ("*I creditori hanno diritto di compensare con i loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorchè non scaduti prima della dichiarazione di fallimento*"). Esto supone que el requisito del vencimiento de los créditos no había de darse necesariamente con anterioridad a la declaración de quiebra.

El vencimiento sobrevendría con la declaración de insolvencia, pues, como recuerda FOSCHINI<sup>884</sup>, de acuerdo con el art. 1186 del *Codice civile*, esta declaración determina la exigibilidad inmediata de los créditos no vencidos.

5. Según GIULIANO este primer párrafo del art. 56 *legg. fall.* respondería a razones de equidad<sup>885</sup>.

6. Lo relevante a efectos de la compensación concursal sería que los créditos preexistan a la declaración de quiebra (que entre ellos concurra el requisito de la reciprocidad)<sup>886</sup>. A este respecto, existe una amplia jurisprudencia de los tribunales italianos. Éstos afirman que si bien los créditos no han de estar vencidos con anterioridad a la declaración del concurso para que opere la compensación, en ese momento, sí habría de darse el resto de los requisitos previstos para la

---

<sup>883</sup> V. *ib. id.*, p. 349.

<sup>884</sup> V. FOSCHINI, Marcello, *La compensazione nell fallimento*, Morano, Macerata, 1965, p. 15.

<sup>885</sup> V. *La compensazione (con particolare riguardo alle procedure concorsuali)*, Giuffrè, Milán, 1955, p. 147.

<sup>886</sup> V. AA. VV., (ALBERTO...), *Commentario breve alla legge fallimentare*, CEDAM, Padua, 2000, p. 215.

compensación legal (arts. 1243 ss. *Codice civile*)<sup>887</sup>. Es decir, que deberían concurrir la homogeneidad, liquidez, exigibilidad, etc<sup>888</sup>.

7. Las excepciones a la regla general (= prohibiciones de compensar en la quiebra) previstas en la ley italiana son dos<sup>889</sup>.

8. La primera concurrirá cuando el crédito compensable se haya adquirido *inter vivos* tras la declaración de apertura del concurso.

9. La segunda impide la compensación con créditos adquiridos por los acreedores del deudor insolvente durante el año anterior a tal declaración.

10. El tenor del art. 56, p. II *legg. fallim.* a este respecto es el siguiente: (*"Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o ne l'anno anteriore"*).

11. Como ha señalado GIULIANO<sup>890</sup>, la finalidad de este segundo párrafo del precepto consistiría en evitar posibles abusos.

12. Según FERRARA / BORGIOI<sup>891</sup>, el establecimiento de un período sospechoso de un año no impediría que la compensación se prohibiese cuando

---

<sup>887</sup> Esto se deduce entre otras, de las siguientes sentencias Cass. 11.11.1998, n. 11371, *Il fallimento*, 1999; 2.10.1997, n. 9635, *Il fallim.* p. 1047; 25.8.1997, n. 7961, *Il fallim.*, p. 1115; 2.8.1994, n. 7181, *Il fallim.*, p. 280; 25.11.1992, n. 12537, *Il fallim.*, 1993, p. 372; 14.4.1992, n. 4542, *Il fallim.*, 1992, p. 993; 26.6.1990, n. 7562, *Il fallim.*, 1991, p. 144; 28.6.1985, n. 3879, *Il fallim.*, 1986, p. 157; 13.3.1982, n. 1634, *Il fallim.*, 1982, p. 630.

<sup>888</sup> V. PANZANI, Luciano, "Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazione resitorie in caso di Scioglimento del contratto pendente", *Il fallim.*, 5/2000, p. 537.

<sup>889</sup> V. FERRARA, F. / BORGIOI, A., *Il fallimento*, op. cit., p. 458.

<sup>890</sup> V. La compensazione..., op. cit., p. 147.

<sup>891</sup> En *Il fallimento*, op. cit., p. 458.



los créditos se hubieran adquirido con anterioridad a dicho período pero a sabiendas de la situación de insolvencia de la contraparte.

13. Este cambio en cuanto a las soluciones previstas en el Derecho italiano en relación a la compensación concursal ha sido alabado por diversos autores españoles. Entre ellos destaca el caso de URÍA<sup>892</sup>.

### **3. LA LEY APLICABLE A LA COMPENSACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE INSOLVENCIA**

*"Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado contratante en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "Estado de apertura".*

ART. 4.1 reglamento nº 1346 sobre procedimientos de insolvencia

*"La Ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular....(d) las condiciones de oponibilidad de una compensación..."*

ART. 4.2 reglamento nº 1346 sobre procedimientos de insolvencia

*"1. La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permite dicha compensación"*

ART. 6 reglamento nº 1346/2000 sobre los procedimientos de insolvencia

1. En el ámbito de los procedimientos internacionales de insolvencia, cabría mantener tres posiciones en relación con la ley aplicable a la compensación de créditos. En primer lugar, podría afirmarse que tanto dentro como fuera de la quiebra la compensación debería regirse por una misma ley. De acuerdo con lo

---

<sup>892</sup> V. "Reaseguro, quiebra...", *op. cit.*, p. 408.

defendido en este trabajo<sup>893</sup>, dicha ley sería la del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación.

2. Esta fue la postura tradicional en Alemania (= aplicación, tanto fuera como dentro de la quiebra, de la ley del crédito pasivo o *Hauptforderung*)<sup>894</sup>. En este sentido, puede consultarse una sentencia del *Oberlandesgericht* de Frankfurt de 27.4.1923<sup>895</sup>.

3. En segundo lugar, podría sostenerse que la apertura del concurso traería consigo un cambio en cuanto a la ley aplicable a la compensación: ésta pasaría a regirse por la *lex concursus*.

4. Esta segunda postura sólo sería acertada en sistemas como el del Derecho inglés. En éste, la *Insolvency Set-off* es una figura independiente, que operaría en la quiebra con carácter imperativo, cuando existieran créditos recíprocos y no pudiera presumirse que la situación de compensabilidad hubiera sido creada artificialmente por las partes<sup>896</sup>.

5. No obstante, el cambio en cuanto a la ley aplicable a la compensación como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia, también se ha defendido en el ámbito de ordenamientos jurídicos ajenos a la figura especial de la compensación concursal anglosajona.

6. Así, el *Bundesgerichtshof* alemán, en una sentencia de 11.7.1985<sup>897</sup>, afirmó que para decidir sobre la admisibilidad de la compensación en el ámbito de un

---

<sup>893</sup> V. *Supra* IV. 2.1.

<sup>894</sup> V. EUJEN, H., *Die Aufrechnung...*, op. cit., p. 96.

<sup>895</sup> V. JW, 1924, p. 715.

<sup>896</sup> Sobre la compensación concursal en el Derecho inglés v. *Supra* IV. 2.2. A).

<sup>897</sup> BGHZ, 95, p. 256. Se trataba de una demanda interpuesta ante los tribunales alemanes por el síndico de un procedimiento de insolvencia en relación con una sociedad con domicilio en

determinado procedimiento de insolvencia habría de recurrirse a una conexión especial distinta de aquélla que en supuestos extraconcursales establecería si ésta tendría o no eficacia<sup>898</sup>. Es decir, la compensación dejaría de regirse por la ley aplicable al crédito pasivo, para hacerlo por la ley del Estado de apertura.

7. Aún así, el Tribunal, al final de esta sentencia, acabó refiriéndose a lo que hubiera sucedido de haberse aplicado el Derecho alemán como ley a la que habían quedado sometidos los créditos objeto de la demanda inicial. Tampoco de acuerdo con la ley concursal alemana hubiera podido compensarse.

Esta última referencia al Derecho alemán, es la que ha conducido a algún autor a poner en duda que el Tribunal sólo tomase en consideración la ley del concurso para determinar si cabe o no compensar en la quiebra<sup>899</sup>. Parece, sin embargo, que se trataba de un dato examinado por el Tribunal a mayor abundamiento. El fallo se apoyaría en lo previsto en el Derecho belga (en concreto, en el art. 444 de la ley de quiebras belga) y no en el Derecho concursal alemán.

8. La principal razón que aduce el *Bundesgerichtshof* en su sentencia de 11.7.1985 en favor de la aplicación de la *lex fori concursus* a la admisibilidad de la compensación en la quiebra es que, de este modo, se favorecería el principio de

---

Bélgica. En ella se reclamaba el cumplimiento de determinadas obligaciones a las que resultaba aplicable el Derecho alemán. Frente a esta reclamación, los demandados, domiciliados en Alemania, hicieron valer varios créditos. Algunos de ellos eran conexos con el crédito de la demanda inicial y otros no. El Tribunal alemán aplicó el Derecho concursal belga para determinar si la compensación era o no admisible. De acuerdo con la ley belga sólo cabría la compensación concursal de créditos conexos, de tal manera que sólo parte de los créditos ejercitados por los demandados fue objeto de compensación.

<sup>898</sup> V. BERGER, K. P., *Der Aufrechnungsvertrag*, op. cit., p. 440. Existe, no obstante, algún autor que mantiene que la solución dada en este caso por el Tribunal alemán no habría quedado tan clara. Así para HERCHEN (v. *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995. (Eine Analyse zentraler Fragen des internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte)*, Ergon, Würzburg, Diss. 1999, p. 137), el Tribunal habría distinguido entre la eficacia material de la compensación (que se regiría por la ley del crédito pasivo) y su admisibilidad en la quiebra (que vendría determinada por la *lex concursus*).

<sup>899</sup> V. HERCHEN, A., *Das Übereinkommen...*, op. cit., p. 137.

igualdad entre los acreedores concursales: a todos ellos se les aplicaría la misma ley.

Parece que este argumento no sería convincente. El alcance del principio de igualdad en un procedimiento de insolvencia dependería más bien del modelo concursal previsto en el Derecho designado por la norma de conflicto.

9. Lo más adecuado, teniendo en cuenta el modelo de compensación concursal del Estado de apertura (Bélgica, en este caso), hubiera sido efectuar un fraccionamiento de la ley aplicable a la compensación. De tal manera que, se hubiera tenido en cuenta el Derecho concursal del Estado de apertura del concurso solamente en cuanto a posibles restricciones al derecho a compensación como consecuencia de la declaración de insolvencia.

10. Por último, sería posible preferir una combinación de reglas a este respecto. De tal manera que, teniendo en cuenta la existencia de diferentes modelos en cuanto al fundamento y a la admisibilidad de la compensación en el concurso, pudieran combinarse una solución unitaria y otras en las que se fraccionaría la ley aplicable.

11. En la actualidad, en el Derecho español, no existe ninguna norma en vigor que resuelva esta cuestión<sup>900</sup>. No obstante, parece que la norma más adecuada en relación con la ley aplicable a la compensación en el concurso sería la prevista en el reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia<sup>901</sup>, que entrará en vigor el 31.5.2002 (art. 47 RPI)<sup>902</sup>.

---

<sup>900</sup> El anteproyecto de 1983 preveía una serie de preceptos a este respecto bajo la rúbrica "*De las normas de Derecho internacional privado*", que no llegaron a entrar en vigor (V. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., "Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero (observaciones sobre el Título IX del Anteproyecto de ley concursal)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 8, pp. 211 ss.

<sup>901</sup> V. DOCE, 30.6.2000, L160, p. 1. El texto definitivo del reglamento se aprobó el 30 de marzo de 2000. Dado que, en lo esencial, coincidiría con el del convenio de Bruselas de 23.11.1995 (que no llegó a entrar en vigor) también puede consultarse el texto de este convenio en VIRGÓS

12. La solución prevista en el reglamento pertenecería al tercero de los tres grupos de teorías que, según lo señalado más arriba, se proponen respecto de la ley aplicable a la compensación de créditos. Esta tercera posibilidad consiste en combinar varias reglas para resolver esta cuestión, en lugar de proponer una solución unitaria en cuanto a la ley aplicable a la compensación.

13. Por un lado, jugaría la regla básica del reglamento, según la cual un procedimiento de insolvencia y sus efectos se rigen por la ley del Estado de apertura (art. 4.1 RPI).

14. Por otro, dado que el derecho a compensación en gran parte de los ordenamientos jurídicos comunitarios sería un derecho de fundamento extraconcursal, que encontraría o no determinadas restricciones como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia, existiría una segunda regla. De acuerdo con ella se produciría un fraccionamiento en cuanto a la ley aplicable a la compensación en los procedimientos de insolvencia. Por una parte, se tendría en cuenta lo previsto en la ley del crédito pasivo en cuanto a si el derecho a compensar se encuentra o no fundamentado (= si se cumplen o no las condiciones de la situación objetiva de compensabilidad y no concurre ninguna prohibición de compensar "extraconcursal"). Por otra, acudiríamos a la *lex fori concursus* con el fin de determinar las "condiciones de oponibilidad de la compensación" en un procedimiento de insolvencia (art. 4.2 RPI).

15. Finalmente, el reglamento contiene una última regla que entraría en juego cuando, a pesar de estar prohibida la compensación de acuerdo con la ley Estado de apertura, esta fuera admisible en virtud del Derecho concursal de la ley del

---

SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit. o la propuesta de reglamento contenida en el DOCE de 3.8.1999, Serie C, Núm. 221/06 (*Initiative der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Finnland – dem Rat am 26. Mai 1999 vorgelegt - im Hinblick auf die Annahme einer Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren*).

crédito del deudor insolvente (art. 6 RPI). En ese caso, se protegería la expectativa del acreedor en el derecho a compensar en la quiebra que le reconocería el Derecho concursal de la ley del crédito pasivo.

### **3.1. Algunas nociones generales acerca del reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia**

1. La compensación de créditos se encuentra expresamente regulada en el reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia. Como ya se ha señalado con anterioridad, este reglamento no entrará en vigor hasta el 31.5.2002 (art. 47 RPI).

2. Del mismo modo que sucede respecto de todas las cuestiones de fondo contenidas en dicho reglamento, la regulación sobre la ley aplicable a la compensación concursal no ha variado en relación con la del convenio de Bruselas de 23.11.1995 relativo a los procedimientos de insolvencia<sup>903</sup>. Este convenio no llegó a entrar en vigor. El impedimento para ello fue la negativa de Gran Bretaña, en su día, a firmarlo<sup>904</sup>.

3. La aprobación del reglamento se apoyaría en un cambio de base jurídica: la elaboración de esta norma habría dejado de fundamentarse en el art. 220 del

---

<sup>902</sup> V. PROTO, Vincenzo, "Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano", *Il fallim.*, 7/2000, p. 709.

<sup>903</sup> Si acaso, lo que se habría producido sería una mejora técnica de dicho contenido: v. CANDELARIO MACÍAS, Isabel, "aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999 / C 221 / 06): ¿más de lo mismo?", *Dir. Fall.*, 6/1999, p. 1227.

<sup>904</sup> El convenio fue elaborado sobre la base del art. 220 TCE (actual art. 293 TCE) por lo que su entrada en vigor dependía de su firma y ratificación por todos los Estados miembros para su entrada en vigor (V. BALZ, Manfred, "Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren", *ZEuP*, 1996, p. 325; BOGDAN, Michael, "Les intérêts des consommateurs face à la nouvelle Convention CE relative aux procédures d'insolvabilité", *Revue européenne de droit de la consommation*, 1997, p. 116; VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", *op. cit.*, p. 1).

Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (actual art. 293)<sup>905</sup>, para hacerlo en el art. 65 TCE<sup>906</sup>, como consecuencia de la comunitarización de las materias correspondientes al tercer pilar operada por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Concretamente, las relativas a los asuntos de justicia en interior.

4. Inicialmente, la base jurídica habilitante para la conclusión de un convenio comunitario en materia de procedimientos de insolvencia, era la misma que en el caso del convenio Bruselas de 27.9.1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>907</sup>. No obstante, no se consideró oportuno regular la materia concursal en el convenio general sobre la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones en atención a la dificultad que suponían las divergencias existentes entre los

---

<sup>905</sup> De acuerdo con este precepto, "Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: - la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales;...- la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales." V. BOGDAN, Michael, "Insolvency Law in the European Union", *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, 1998, p. 189, n. marg. 9; VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", *op. cit.*, p. 4.

<sup>906</sup> Según éste, "Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado común, incluirán: (a) mejorar y simplificar: - el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales. - la cooperación en la obtención de pruebas. - el reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; (b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; (c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables a los Estados miembros." Sobre este cambio en cuanto a la base jurídica v. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Derecho Internacional y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, 2/1999, p. 383; HERB, Burkhard, "Die 'Europäisierung' des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren -", *NJW*, 2000, p. 23; JAYME, Erik / KOHLER, Christian, "Europäisches Kollisionsrecht 1999 - Die Abendstunde der Staatsverträge", *IPrax*, 6/1999, p. 401 (el segundo de estos dos autores se muestra bastante crítico respecto de la transferencia del tercero al primer pilar de las cuestiones relativas del Derecho Internacional Privado operada por el Tratado de Ámsterdam de 2.10.1997: v. "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1/1999, p. 23 ss. ); VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community Convention...", *op. cit.*, p. 5.

<sup>907</sup> V. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Proyecto de convenio sobre quiebras...", *op. cit.*, p. 830.

ordenamientos jurídicos de los Estados miembros respecto de esta materia<sup>908</sup>. Es por ello que el art. 1, II, 2 del convenio de 27.9.1968 excluye de su ámbito de aplicación material *"la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos"*<sup>909</sup>.

5. Según el informe JENARD, esto no implicaría que queden fuera del convenio de 27.9.1968 todas las reclamaciones relacionadas con una quiebra. *"Se excluyen sólo las que derivan directamente de la quiebra y que por ello se encontrarán en el campo de aplicación del convenio de la CEE sobre la quiebra"*<sup>910</sup>.

6. Sobre esta cuestión, ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) en el as. 133/78 Gourdain c. Nadler<sup>911</sup>. Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* alemán a raíz de una sentencia de la *Cour d'appel* de París de 15 de marzo de 1976. Ante los tribunales alemanes, se solicitaba el reconocimiento de esta sentencia francesa. En ella, se condenaba al administrador de hecho de una sociedad con domicilio en Francia a hacerse cargo de una parte de las deudas sociales en virtud del art. 99 de la ley francesa nº 67563 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banquerantes* (acción de cobertura del pasivo social). Lo que se preguntaba al TJCE era si la resolución francesa que aplicaba este precepto había de considerarse dictada en el marco de una quiebra o de un procedimiento análogo o si más bien, procedería considerar dicha sentencia como una resolución en materia civil y mercantil (art. 1, I CB).

---

<sup>908</sup> V. *ib. id.*, p. 829.

<sup>909</sup> A este respecto v. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 443; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Proyecto de convenio...", op. cit., p. 828; SMART, P., *Cross-Border Insolvency*, op. cit., p. 12; STRUB, Andreas, "Das Europäische konkursübereinkommen", *EuZW*, 1996, p. 71.

<sup>910</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 58. El art. 22. 4 del convenio Benelux y el convenio franco-belga se interpretan en el mismo sentido.

<sup>911</sup> *Rec.*, 1979, p. 733, fundamento 3. Sentencia explicada por SMART en *Cross-Border Insolvency*, op. cit., p. 13.



7. El TJCE respondió a estas cuestiones en el siguiente sentido. En primer lugar, afirmó que las nociones utilizadas por el art. 1 CB deben ser objeto de una interpretación autónoma. Es decir, sería preciso interpretarlas con arreglo a los objetivos y el sistema del convenio por una parte, y a los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales, por otra.

8. El art. 99 de la citada ley francesa tendría por objeto, *"en caso de quiebra de una sociedad mercantil, alcanzar, más allá de la persona jurídica, el patrimonio de los administradores"*<sup>912</sup>. De tal manera que, se trataría de un precepto que encontraría su fundamento en el Derecho concursal y como tal, habría de ser excluido del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 27.9.1968. En conclusión, la materia había de quedar sometida al convenio especial sobre quiebras. Y actualmente, al reglamento comunitario.

9. De todos modos, a los efectos de este trabajo no se van a plantear dudas en cuanto a la interacción del convenio de Bruselas de 1968 y el reglamento sobre los procedimientos de insolvencia. Las cuestiones relativas a la ley aplicable a éstos en general, y a la compensación concursal, en particular, se regularon en el convenio especial de 23.11.1995 para los procedimientos de insolvencia. A diferencia del convenio de 27.9.1968, el convenio relativo a los procedimientos de insolvencia no era un convenio "doble", sino "triple". Es decir, regulaba tanto las cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones, como las referidas a la resolución de los conflictos de leyes en materia concursal<sup>913</sup>. Esta sería otra de las razones por las que se prefirió la elaboración de un convenio especial sobre la quiebra internacional. Hoy en día, todas estas cuestiones han pasado a ser objeto del reglamento comunitario.

---

<sup>912</sup> Fundamento 6 de la sentencia.

<sup>913</sup> V. BORRÁS RODRÍGUEZ, A. , "Proyecto de convenio...", *op. cit.* , p. 830.

10. El convenio de 23.11.1995 tuvo su origen en una reunión de los Ministros de Justicia de los Estados comunitarios celebrada los días 25 – 27.5.1989. En ella, se puso de manifiesto que resultaba insatisfactorio que el Derecho de sociedades se encontrara ya “comunitarizado”, mientras que a la quiebra de las sociedades seguía aplicándose Derecho de fuente interna<sup>914</sup>.

11. Entre los posibles modelos en cuanto a la regulación de la quiebra internacional por los que el convenio podía haberse decantado, se acogió un modelo mixto sobre la base del principio de universalidad *mitigado o atenuado*<sup>915</sup>.

12. En efecto, el actual reglamento comunitario regula la apertura de un procedimiento principal en el Estado donde se halle el centro de los intereses principales del deudor, con efectos sobre todos los activos de éste en los Estados comunitarios (arts. 3. 1 RPI). No obstante, ello no impide que se abran uno o más

---

<sup>914</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit. , p. 443; STRUB, A. “*Das Europäische...*”, op. cit. , p. 71.

<sup>915</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit. , p. 444 y 446 , CANDELARIO MACÍAS, I. , “Aproximación a la iniciativa...”, op. cit. , p. 1230, nota al pie núm. 4 y PROTO, V. , “*Regolamento UE...*”, op. cit. , p. 47. En el ámbito del Derecho norteamericano, este ha sido el modelo preferido por WESTBROOK (v. “*A Global Solution to Multinational Default*”, *Michigan Law Review*, 98/2000, pp. 2282 y 2319: “*I am convinced that modified universalism is the best transitional rule, because it moves us in the right direction – toward true universalism – and provides the essential experience to inform the fashioning of a multinational bankruptcy convention when that time comes. It also permits flexible, pragmatic decisions to be made in the here and now that enable parties to obtain some portion of the benefits of universalism*”). Los tres modelos teóricos propuestos para solucionar los problemas que plantean los procedimientos de insolvencia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado son el universalismo, el territorialismo y el contractualismo. El universalismo partiría de la localización del “*home country*” de la sociedad quebrada, cuya ley se aplicaría y cuyos tribunales se considerarían competentes respecto de un único procedimiento de insolvencia que afectaría a todos los bienes del deudor. El territorialismo permite a cada Estado aplicar a los bienes del deudor que se encuentran en su territorio su propio Derecho concursal. Por último, el contractualismo es una teoría del ámbito anglosajón de acuerdo con la cual cada sociedad podría especificar en sus Estatutos el tribunal que habría de considerarse competente para un potencial procedimiento de insolvencia. De tal manera que las propias sociedades podrían optar entre un modelo universalista o territorialista o, incluso, por un modelo mixto. (V. RASMUSSEN, Robert K. , “*Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering*”, *Michigan Law Review*, 98/2000, p. 2254; GUZMAN, Andrew T. , “*International Bankruptcy: in Defense of Universalism*”, *Michigan Law Review*, 98/2000, p. 2177 y LOPUCKI, Lynn M. , “*The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*”, *Michigan Law Review*, 98/2000, p. 2216).

procedimientos secundarios en el Estado donde el deudor tuviese un establecimiento (arts. 3.2 y 27 RPI), con eficacia limitada al territorio del Estado de apertura<sup>916</sup>. El sistema del reglamento se completa mediante una serie de normas de coordinación para los casos en que un procedimiento principal y uno o varios procedimientos locales se estuvieran desarrollando simultáneamente<sup>917</sup>.

13. El ámbito de aplicación material se limita a los procedimientos colectivos de insolvencia que supongan el desapoderamiento total o parcial del deudor y el nombramiento de un síndico<sup>918</sup> (art. 1.1 RPI). Esto implica que su aplicación cabría tanto respecto a procedimientos de liquidación, como a procedimientos de saneamiento<sup>919</sup>. Para evitar en la mayor medida posible cualquier problema interpretativo que pudiese producirse en relación con qué procedimientos se encontrarían sometidos, en concreto, al reglamento comunitario, se incluyen dos Anexos que formaban parte del mismo<sup>920</sup>.

14. De acuerdo con estos Anexos, en el caso español, se encontrarían dentro del campo de aplicación del mismo: el concurso de acreedores, la quiebra y la suspensión de pagos.

15. El reglamento excluye expresamente de su ámbito de aplicación material los procedimientos relativos a las entidades de crédito, de seguros, empresas de

---

<sup>916</sup> V. SCHLOSSER, Peter, "Recent Developments in Transborder Insolvency", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1999, p. 25.

<sup>917</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil...*, op. cit. , p. 444 y 448.

<sup>918</sup> V. *ib. id.* pp. 455 ss y VIRGÓS SORIANO, M. , "The 1995 European Community...", op. cit. , p. 9. HERCHEN, Axel, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten des Europäischen Union 23.11.1995 (Eine Analyse zentraler Fragen des internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte)*, Ergon, Würzburg. Univ. Diss, 1999, p. 33.

<sup>919</sup> V. BALZ, M. , "Das neue Europäische...", op. cit. , p. 948.

<sup>920</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil...*, op. cit. , p. 446.

inversión que se ocupen de fondos o valores negociables de terceros y organismos de inversión colectiva (art. 1.2)<sup>921</sup>.

16. Por último, desde el punto de vista del ámbito de aplicación espacial, el reglamento se aplicará cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre situado en un Estado contratante<sup>922</sup>. Esto es lo que se deduce del art. 3 RPI.

17. El convenio se limitaría a regular los efectos intracomunitarios de los procedimientos de insolvencia<sup>923</sup>.

### **3.2. Primera regla: la aplicación de la *lex fori concursus* a la compensación concursal**

1. El reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia uniformiza las normas de conflicto en materia de insolvencia transfronteriza de los Estados miembros<sup>924</sup>.

2. La regla básica del reglamento sobre procedimientos de insolvencia en cuanto a la ley aplicable a este tipo de procedimientos y a sus efectos aparece recogida en el art. 4.1 RPI. Más adelante, en el art. 28, la misma regla se reitera en relación con los procedimientos de carácter secundario<sup>925</sup>. De acuerdo con el tenor literal del art. 4.1: "*Salvo disposición en contrario del presente reglamento, la*

<sup>921</sup> V. CANDELARIO MACÍAS, I., "Aproximación a la iniciativa...", *op. cit.*, p. 1231.

<sup>922</sup> V. VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", *op. cit.*, p. 9.

<sup>923</sup> V. *ib. id.*, p. 446 y VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", *op. cit.*, p. 9; BALZ, M., "Das neue Europäische...", *op. cit.*, p. 948; HERCHEN, A., *Das Übereinkommen...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>924</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS / GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Europeo*, *op. cit.*, p. 469 y VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", *op. cit.*, p. 16.

<sup>925</sup> V. *ib. id.*, p. 470.

*ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado contratante en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "Estado de apertura"*.

3. A continuación, en el art. 4.2 RPI se prevé una lista no exhaustiva<sup>926</sup> de cuestiones que vendrían regidas por la *lex fori concursus*. El carácter ejemplificativo de dicha lista implicará que la referencia del art. 4.2, d) RPI a las "*condiciones de oponibilidad de una compensación*" no excluya la aplicación de la ley del concurso a la compensación en insolvencia en aquellos sistemas en los que ésta se conciba como una figura distinta de la compensación extraconcursal, que surge de la propia apertura del procedimiento de insolvencia.

4. El supuesto prototípico al que se aplicaría esta primera regla (= aplicación de la ley del concurso a la compensación en insolvencia), sería aquél en el que el procedimiento se hubiera abierto en Gran Bretaña<sup>927</sup>. En ese caso, la mera existencia de créditos recíprocos permitirá el juego de la compensación, salvo en los casos en los que los créditos se hubieran adquirido en el período sospechoso, cuestión a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad<sup>928</sup>.

En efecto, como se ha explicado más arriba, en el Derecho anglosajón la *compensación concursal* se concebiría como una institución distinta e independiente de la compensación extraconcursal y que operaría con carácter imperativo<sup>929</sup>. De tal manera que, carecería de sentido limitar el alcance de la ley del concurso a lo que el art. 4.2, d) denomina "*condiciones de oponibilidad de la compensación*". No se acudiría a la ley del crédito para determinar si existe o no

---

<sup>926</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS / GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 470.

<sup>927</sup> V. SMART, P., *Cross-Border Insolvency*, op. cit., p. 326.

<sup>928</sup> V. *Supra* (V. 2.2. A), §§ 15 ss.

<sup>929</sup> V. *Supra* (V. 2.2. A), §§ 21.

un derecho a compensar, puesto que la *Insolvency Set-off* estaría comprendida entre los efectos propios del concurso y ya hemos dicho que los efectos del procedimiento de insolvencia se regirían por la ley del Estado de apertura.

5. Otro caso en el que se aplicaría la *lex fori concursus* sería aquél en el que el derecho a compensar surgiera con posterioridad a la apertura del concurso. Por ejemplo, cuando uno de los créditos recíprocos naciera con posterioridad a dicha apertura, como consecuencia del propio procedimiento de insolvencia. En ese caso, también nos encontraríamos ante un "efecto del procedimiento", por lo que carecería de sentido acudir a la ley del crédito del deudor insolvente para confirmar la fundamentación del derecho a compensación.

### **3.3. Segunda regla: el fraccionamiento de la ley aplicable a la compensación en los procedimientos internacionales de insolvencia en virtud del art. 4.2, d) del reglamento comunitario**

1. De acuerdo con el apartado 2, d) del art. 4 del reglamento 1346/2000: "*La Ley del Estado de apertura...determinará en particular...(d) las condiciones de oponibilidad de una compensación*".

2. Lo más adecuado sería interpretar este precepto en un sentido literal. Esto es, quedando limitada la aplicación de la ley del Estado de apertura a los aspectos concursales del ejercicio de la compensación o, en los términos del reglamento, a "*las condiciones de oponibilidad de una compensación*"<sup>930</sup>. El

<sup>930</sup> A favor WILMOWSKI en "Aufrechnung in internationalen Insolvenzfällen", KTS, 3/1998, p. 360: "En virtud del art. 4, 2, d) CPI, las condiciones de oponibilidad de la compensación se rigen por la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, luego sólo estarían comprendidas las prohibiciones de compensar derivadas de dicho procedimiento. Las restricciones a la admisión de la compensación que el procedimiento de insolvencia traería consigo se regirían, por tanto, por la ley aplicable a dicho procedimiento. Sin embargo, si un acreedor concursal es o no titular de un derecho de compensar es una cuestión que no correspondería determinar a la *lex fori concursus*. El derecho a compensar se rige más bien por el Derecho civil aplicable al crédito principal (= *Hauptforderung*). En contra, WUNDERER, Regina, "Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens über Insolvenzverfahren auf Bankgeschäfte", WM, 1998, p. 797. Para esta autora cuando de acuerdo con la ley del Estado de apertura pudiera compensarse se obviaría lo previsto en la ley del crédito pasivo ("Läßt demnach das Insolvenzstatut bereits die Aufrechnung zu, kommt

fundamento del derecho a compensar seguiría encontrándose en la ley del crédito pasivo.

3. Esto último sería perfectamente coherente con lo que se afirma en el *Informe explicativo al convenio* en cuanto a cómo ha de interpretarse el art. 4<sup>931</sup>: “Los efectos materiales que el art. 4 somete a la competencia de la ley del Estado de apertura son aquellos típicamente concursales, es decir, aquellos efectos que son necesarios para que el procedimiento de insolvencia cumpla su finalidad. En ese sentido, la ley del Estado de apertura desplaza a la ley que es normalmente aplicable al acto de que se trate, según las normas de conflicto aplicables antes de la declaración de insolvencia”. De tal manera que, en relación con el art. 4.2, d) RPI, todo lo que no deba entenderse como una condición de oponibilidad de la compensación en el procedimiento de insolvencia, seguiría sometido a la ley del crédito (= el fundamento del derecho de compensar fuera de los procedimientos concursales en aquellos sistemas en los que compensación concursal y extraconcursal no constituirían dos instituciones distintas). En efecto, en este tipo de sistemas jurídicos, el fundamento del derecho de compensar no debería verse modificado por la apertura del concurso<sup>932</sup>.

4. Sólo cabría la aplicación de la regla prevista en el art. 4.2, d) RPI cuando el ordenamiento del Estado de apertura permita la distinción entre las “condiciones de oponibilidad de una compensación” en los procedimientos de insolvencia y el nacimiento del Derecho a compensar fuera de la quiebra. Entre ellos se encontraría el Derecho español.

---

*es auf das Aufrechnungsstatut nicht an...Läßt das Insolvenzstatut dagegen die Aufrechnung nicht zu, bleibt eine nach dem Aufrechnungstatut bestehende Befugnis gleichwohl erhalten”).* Salvo en el caso de la *Insolvency Set-off*, que no depende de la existencia de un derecho a compensar con independencia del procedimiento de insolvencia, en el resto de los casos esta interpretación parece inadecuada. No sólo porque contradice el tenor literal del precepto (v. art. 4.2, d) RPI), sino porque supondría reconocer en la quiebra un derecho que para jugar en ella debería estar fundamentado también extraconcursalmente.

<sup>931</sup> V. VIRGÓS / GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 470.

<sup>932</sup> V. WILMOWSKI, P., “Aufrechnung in...”, op. cit., p. 360.

5. Así, cuando se abra un procedimiento de insolvencia en territorio español, el fundamento del derecho a compensar habrá de buscarse en los aspectos extraconcursales de la ley del crédito pasivo. Si de acuerdo con esta ley se pudiese compensar, pasaríamos a tener en cuenta lo que la ley del Estado de apertura prevé específicamente en relación con la compensación concursal.

### **3.4. Tercera regla: la aplicación de la ley del crédito del deudor insolvente cuando el Derecho concursal del Estado de apertura prohíba la compensación**

1. El art. 6 del reglamento comunitario sobre los procedimientos de insolvencia contiene una tercera regla para la compensación concursal. Mediante la misma se pretende favorecer el efecto compensatorio en este tipo de procedimientos.

2. El precepto esta pensado para aquellos supuestos en los que de acuerdo con la ley del crédito pasivo existiera un derecho de compensar que no pudiese tener eficacia en insolvencia en virtud de lo previsto en la *lex fori concursus*. En esos casos, el reglamento protege la expectativa de compensar en insolvencia fundamentada en la ley del crédito del deudor insolvente.

3. De la conjunción de lo previsto en el art. 4.2, d) y en el art. 6 RPI podemos deducir que la forma en que debe determinarse si cabe la compensación en un procedimiento de insolvencia, cuando no resulte aplicable la regla básica del art. 4.1, sería la siguiente: primero verificaríamos si se cumplen o no las condiciones de la situación objetiva de compensabilidad previstas en la ley normalmente aplicable a la compensación (= ley del crédito pasivo), así como si no concurre ninguna prohibición de compensar no concursal fundamentada en dicha ley. Es decir, que en un primer momento nos estaríamos moviendo en un plano estrictamente extraconcursal.



4. Una vez efectuada esta operación, pasaríamos al plano concursal con el fin de analizar si puede compensarse. Este proceso tendría dos fases. La primera se correspondería con la que se ha denominado "segunda regla" y consistiría en la aplicación del Derecho concursal de la ley del Estado de apertura. Si de acuerdo con la *lex fori concursus* pudiera compensarse, ya tendríamos la solución al problema planteado: procedería la compensación.

5. Cuando el derecho a compensación no pudiera operar en el procedimiento de insolvencia en cuestión como consecuencia de la aplicación de la *lex fori concursus*, comenzaría la "segunda fase", pero siempre seguiríamos moviéndonos en el plano concursal. Esto parece lógico, porque la fundamentación del derecho de compensación en el Derecho no-concursal de la ley del crédito pasivo ya habría sido comprobada durante lo que se ha llamado "primera fase". De lo que se trataría mediante el art. 6 RPI sería de permitir la compensación si esta hubiera podido operar de acuerdo con lo previsto para los supuestos de insolvencia en la ley del crédito del deudor insolvente.

6. El derecho a compensar conforme a dicha ley podría conservarse como si se tratase de un "derecho adquirido"<sup>933</sup> frente a la apertura de un procedimiento en un Estado distinto al de la ley del crédito pasivo. En este sentido, VIRGÓS / SCHMIT afirman que *"de esta forma, la compensación se convierte, en el fondo, en una especie de garantía regida por una ley en la que el acreedor implicado puede confiar desde el momento de contratar"*<sup>934</sup>.

7. De este modo, se facilitaría el juego de la compensación en los procedimientos de insolvencia: si la ley concursal del Estado de apertura prohibiera la compensación aún cuando de acuerdo con la ley del crédito pasivo existiera este derecho (= se dieran las condiciones para la situación objetiva de

---

<sup>933</sup> V. Informe VIRGÓS / SCHMIT, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 475.

<sup>934</sup> V. *Ib. id.* p. 476.

compensabilidad + no concurrencia de prohibiciones extraconcursoales a la compensación) aún podríamos compensar si dicho derecho no fuera objeto de restricción alguna como consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia según admisibilidad de la compensación en el concurso de acuerdo con la ley concursal del crédito del deudor insolvente.

8. Imaginemos, por ejemplo, que se tratase de un concurso abierto en España y que la ley del crédito pasivo fuese el Derecho inglés y no concurriese ningún obstáculo para la *Insolvency Set-off* de acuerdo con este último Derecho. Nada impediría en ese caso el juego de la compensación de acuerdo con el art. 6 RPI.

9. Algunos autores han afirmado que la protección del derecho adquirido a compensar en el reglamento de insolvencia debería limitarse a lo previsto en los aspectos "no-concursales" de la ley del crédito pasivo<sup>935</sup>.

10. En este sentido, parece rotunda la opinión de STOLL<sup>936</sup>: *"No obstante, debería dejarse claro que - en el supuesto en el que de acuerdo con la ley del concurso no cupiera la compensación -, su admisión en virtud de la ley aplicable al crédito del deudor sólo podría fundarse en los aspectos sustantivos de dicha ley y no en las disposiciones especiales previstas para los procedimientos de insolvencia"*.

11. Para ello, en primer lugar, estos autores se fundamentarían en el tenor literal del art. 6 RPI que, sin distinción alguna, se referiría a la *"ley del crédito del deudor insolvente"*.

---

<sup>935</sup> A favor WILMOWSKI, P. *"Aufrechnung in..."*, op. cit., pp. 363 ss. En contra, BALZ en *"Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen"*, ZIP, 22/1996, p. 950 (*"...Läßt bereits die lex concursus die Aufrechnung zu, so kommt es auf die Zulässigkeit der Insolvenzaufrechnung nach dem Aufrechnungsstatut nicht an"*).

<sup>936</sup> En *Vorschläge und Gutachten...*, op. cit., p. 254.

12. En segundo lugar, esta posición se apoyaría en que el reglamento estaría dando un tratamiento análogo al derecho a compensación del art. 6 y a los derechos reales y a la reserva de propiedad en los arts. 5 y 7, respectivamente. Esto, además, según ellos, lo habría señalado el propio *Informe explicativo VIRGÓS / SCHMIT*<sup>937</sup>.

13. Esta forma de configurar las reglas sobre la ley aplicable a la compensación concursal me parece desacertada. Por un lado, porque como ya he señalado antes, si entendemos que el art. 4.2, d), al hacer referencia a las "*condiciones de oponibilidad de la compensación*", se estaría refiriendo solamente a posibles limitaciones al derecho a compensar fundamentado extracontractualmente como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia, entonces la existencia del derecho a compensar sobre la base de la ley del crédito pasivo ya se habría comprobado. No tendría sentido volver de nuevo sobre ella.

14. Por otro lado, si lo que pretendiesen estos autores fuese afirmar que si obtenemos un "no" a la compensación de acuerdo con la *lex fori concursus* quedaría salvaguardado el derecho a compensar existente conforme a los aspectos extraconcursales de la ley del crédito pasivo, en el fondo lo que dijera la ley del Estado de apertura en relación con la compensación resultaría irrelevante. De tal manera que la norma del art. 4.2, d) RPI, según la cual se prevé la toma en consideración de las previsiones de la *lex fori concursus* en cuanto al ejercicio de la compensación en la quiebra, sería superflua. Resultaría absurdo acudir a la ley concursal del Estado de apertura para luego terminar aplicando lo previsto en la ley del crédito pasivo en cuanto a la compensación extraconcursal únicamente. En el fondo, estos autores son partidarios de la teoría según la cual la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectaría en nada a la ley aplicable a la compensación. En todo caso, según su punto de vista, la ley relevante a estos efectos sería la del crédito contra el cual se dirige la compensación.

---

<sup>937</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J. , *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit. , p. 475.

15. Una construcción en este sentido no resultaría adecuada desde el punto de vista del Derecho de insolvencia anglosajón en el que, como ya se ha dicho anteriormente, la compensación en el concurso constituiría una figura jurídica distinta de la compensación extraconcursal. Lo que ocurra en este tipo de casos en procedimientos no concursales no parecería relevante cuando la ley del crédito pasivo fuera el Derecho inglés.

16. La regla indicada supondría desconocer tanto lo que el Derecho concursal del foro, como el Derecho concursal del crédito del deudor insolvente prevén en cuanto a la admisibilidad de la compensación. De tal manera que aunque de acuerdo con estos dos derechos llegásemos a la conclusión de que no cabría compensar en un procedimiento de insolvencia, por medio de la regla de Derecho Internacional Privado propuesta se crearía un derecho a compensación.

Esto no parece adecuado porque la creación de derechos no sería la función de las normas de conflicto. Como señalan KEGEL / SCHURIG<sup>938</sup>, las normas de conflicto son normas de remisión, que permitirían localizar el Derecho aplicable a una determinada relación jurídica. La creación de derechos y, por consiguiente, la resolución del fondo de los supuestos de tráfico jurídico externo, correspondería a las normas de carácter material.

17. En el propio *Informe explicativo* se afirma expresamente que la ley aplicable al crédito pasivo debería tomarse en consideración en su conjunto<sup>939</sup>. De tal

---

<sup>938</sup> V. KEGEL, Gerhard / SCHURIG, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 8ª ed., Beck's, Munich, 2000, p. 52: "Die Kollisionsnorm entscheidet nicht selbst in der Sache, sie bestimmt lediglich, welcher der vorhandenen Rechtsordnungen, die sich in bestimmter Weise unterscheiden (räumlich, zeitlich, personell), die weiteren Normen zur Entscheidung des Sachverhalts – in der letzten Phase die Sachnormen – zu entnehmen sind. Sie "beruft" also andere Normen, ist "Rechtsanwendungsnorm", "Veweisungsnorm".

<sup>939</sup> V. VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 476 ("...En cambio, si la lex concursus no admite la compensación (porque exija que ambas deudas estén vencidas y que sean líquidas y exigibles antes de una determinada fecha), entonces el art. 6 constituye una excepción a la aplicación general de esa ley en la materia y permite la

manera que las afirmaciones del mismo *Informe*<sup>940</sup> en cuanto a que la compensación recibiría en el convenio un tratamiento análogo al de los derechos reales en el art. 5 o al de la reserva de propiedad en el art. 7 no deben entenderse en un sentido rígido. Más bien procedería entender por "tratamiento análogo" que el derecho a compensar fundado en la ley del crédito pasivo quedaría salvaguardado frente a posibles restricciones derivadas de la *lex fori concursus* y de ese modo "la compensación se convierte en el fondo en una especie de garantía regida por una ley en la que el acreedor implicado puede confiar desde el momento de contratar o de incurrir en la obligación"<sup>941</sup>.

18. De este modo, se podría concluir que en el reglamento sobre procedimientos de insolvencia existen tres tipos de conexiones: la general (arts. 4.1 y 28 RPI), la prevista para los derechos reales (art. 5 RPI) y la reserva de propiedad (art. 7 RPI) y las reglas relativas a la ley aplicable a la compensación (arts. 4.1, 4.2, d) y 6 RPI).

19. Es importante destacar que en todo caso, para que pueda operar la compensación, sería necesario que los créditos hubieran nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia<sup>942</sup>.

20. Esto mismo valdría para la compensación convencional, su tratamiento conflictual sería en este caso, el mismo que el de la compensación legal<sup>943</sup>. Del mismo modo que en relación con ésta, habríamos de afirmar aquí la necesidad de

---

*compensación de acuerdo con las condiciones establecidas para la compensación en casos de insolvencia según la ley aplicable al crédito del deudor insolvente").*

<sup>940</sup> V. *ib. id.*, p. 475.

<sup>941</sup> V. *ib. id.*, p. 476.

<sup>942</sup> V. *Informe VIRGÓS / SCHMIT*, en VIRGÓS, M. / GARCIMARTÍN, F. J., *Derecho Procesal Civil Europeo*, op. cit., p. 476 y VIRGÓS SORIANO, M., "The 1995 European Community...", op. cit., p. 21. También WUNDERER, R., "Auswirkungen des Europäischen...", op. cit., p. 797.

<sup>943</sup> V. *Informe VIRGÓS / SCHMIT*, en VIRGÓS / GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 476.

que los créditos recíprocos existiesen con anterioridad a la declaración de apertura del concurso para que el juego de la compensación pudiera ser admitido.

### **3.5. La ley aplicable a la compensación en los procedimientos de insolvencia según las propuestas de directivas comunitarias relativas a la reorganización y a la liquidación de entidades de crédito y empresas de seguros**

1. Las propuestas de directivas comunitarias relativas a la reorganización y a la liquidación de entidades de crédito y empresas de seguros<sup>944</sup>, al igual que el reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia contendrían tres reglas en cuanto a la ley aplicable a la compensación.

2. Estas propuestas serían aplicables a las entidades de crédito y empresas de seguros cuya sede social se encuentre en la UE, así como a las entidades de este tipo que, teniendo su sede social fuera del territorio comunitario, tengan en él al menos una sucursal<sup>945</sup>.

3. De acuerdo con estas propuestas, la regla general sería que la ley aplicable a la liquidación o la reorganización de las entidades en cuestión y a sus efectos (= la *lex fori concursus*) sería la ley del Estado de origen. Esto es, la ley del Estado que hubiera autorizado la correspondiente entidad de crédito o la empresa de seguros, conforme a los arts. 4 a 11 de la directiva 2000 / 12 / CE<sup>946</sup>, y 6 de las directivas 73

---

<sup>944</sup> V. documentos 8733/00 y 11596/99 del Consejo europeo.

<sup>945</sup> V. art. 1. 2 de la propuesta de directiva para la reorganización y liquidación de entidades de crédito y art 1 en relación con el 18 en materia de reorganización y liquidación de empresas de seguros.

<sup>946</sup> Directiva relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, DOCE, 26.5.2000, L126, p. 1.

/ 239 / 267 / CEE<sup>947</sup> y 79 / 267 / CEE<sup>948</sup>, respectivamente, o bien la sucursal, si es que la sede social de dicha entidad se encuentra en un Estado tercero.

4. La compensación concursal, tal y como la conciben los Derechos del ámbito anglosajón, se regiría por esta ley en cuanto que "efecto" del procedimiento de liquidación o reorganización. Del mismo modo, la compensación con créditos que surgiesen como consecuencia del procedimiento se regirían por esta ley.

5. La segunda regla en cuanto a la ley aplicable a la compensación sería análoga a la del art. 4.2, d) RPI. Así, las propuestas de directivas contienen una lista ejemplificativa de cuestiones a las que se aplica la ley del Estado de origen. Entre ellas se encontrarían las condiciones de oponibilidad de la compensación de créditos en el procedimiento de liquidación o reorganización de la entidad<sup>949</sup>.

6. Igualmente que en el caso del reglamento 1346/2000<sup>950</sup>, lo más adecuado sería limitar aquí el alcance de la ley del foro a los aspectos concursales previstos en dicha ley para la compensación. El fundamento del derecho de compensar se encontraría fuera del concurso (salvo, como se acaba decir, en el caso de la *Insolvency Set-off*). Es decir, en la ley del crédito de la entidad de crédito o empresa de seguros insolvente.

---

<sup>947</sup> Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, DOCE, 16.8.1973, L228, p. 3.

<sup>948</sup> Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio, DOCE, 13.3.1979, L63, p. 1.

<sup>949</sup> V. art. 10 de ambas Propuestas, que se refieren a "*the conditions under which set-off may be invoked*".

<sup>950</sup> V. *Supra* IV. 3.2.

7. Por último, en las propuestas de directivas, también se prevé la posibilidad de compensar conforme a las condiciones establecidas para la compensación en casos de insolvencia por la ley del crédito pasivo<sup>951</sup>.

8. Sobre la compensación convencional la propuesta de directiva sobre los procedimientos de insolvencia relativos a entidades de crédito prevé expresamente que este tipo de acuerdos entre una entidad de crédito y otra parte se regirán por la ley del Estado contratante aplicable a dichos pactos<sup>952</sup>.

---

<sup>951</sup> V. art. 20.2 y 19 c de las Propuestas, respectivamente.

<sup>952</sup> Sobre la ley aplicable a la compensación convencional en general v. *Supra* III. 5.



## VI. CONCLUSIONES

1ª En el ámbito de la Unión Europea se distinguen tres modelos de compensación de créditos. Los sistemas francés (II.1. §§ 2 – 8), alemán (II.1. §§ 9 – 10) y anglosajón (II.1. § 11 – 14).

En los dos primeros, la compensación se concebiría como un derecho sustantivo. La principal diferencia entre ambos consistiría en el modo en que la compensación se consumaría. En el caso del sistema francés, tradicionalmente, se habría entendido que la compensación operaría de manera automática, por ministerio de la ley. No obstante, en la actualidad, se critica esta supuesta automaticidad (II.1. §§ 4 – 7 ). Por lo que respecta al modelo germánico, la compensación aparece regulada en el *BGB* como un derecho potestativo que se consumaría mediante una declaración *ex parte*. Una vez emitida dicha declaración la compensación operaría con efectos retroactivos desde el momento en que concurriese la situación objetiva de compensabilidad.

Sin embargo, y aunque es una cuestión discutida, en el Derecho inglés la compensación legal regulada en los *Statutes of Set-off* sería un mero mecanismo de defensa procesal que produciría la extinción de créditos recíprocos como consecuencia de un acto judicial y con efectos *ex nunc*. Además de ésta, existirían otras dos clases de compensación respecto de las que la doctrina inglesa sí parece entender que surgiría un derecho subjetivo a favor de la persona que gozara de una expectativa de compensar: la *Equitable o Transactional Set-off*, cuya principal característica sería que precisaría la concurrencia de conexión entre los créditos para poder operar y la *Insolvency Set-off* o compensación concursal (II.1. §§ 13 – 14). En relación con esta última, en los supuestos de insolvencia, sería importante tener en cuenta una figura típica de los sistemas jurídicos anglosajones denominada *Netting* (I.1. § 14). Mediante la misma, se pretendería reducir el riesgo sistémico o efecto dominó.

2ª La compensación, según aparece regulada en el Código civil español, se aproximaría al primero de los tres modelos enunciados.

3ª En los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios, se prevén dos modos de hacer valer la compensación en el seno de un proceso. En primer lugar, el ejercicio de una acción independiente (= reconvención, *action reconventionnelle*, *Widerklage*, *Counterclaim*...). En segundo lugar, el demandado podría utilizar un "mecanismo de defensa" con el fin de obtener su absolución (= excepción de compensación, *exception de compensation*, *Prozeßaufrechnung*, *Set-off*...)

4ª En el Derecho español (II.2. §§ 3 – 6), la interposición de una acción reconvencional sería obligatoria en dos supuestos: cuando el contracrédito sea de mayor cuantía que el crédito de la demanda inicial y el demandado pretenda la condena del demandante por el exceso y en el caso de la "compensación judicial" (II.2. § 7). Este tipo de compensación operará cuando falte algún requisito de la situación objetiva de compensabilidad (típicamente cuando el Juez haya de proceder a la liquidación de los créditos) y tendrá efectos *ex nunc*.

5ª La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 incluye tres novedades importantes en cuanto a la reconvención y la excepción de compensación (II.2. § 6): la obligatoriedad de la conexión entre los créditos para que prospere la reconvención, la prohibición de la reconvención implícita y la eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos referidos a la excepción de compensación.

6ª En el Derecho procesal francés (II.2. § 17) se distingue entre la *demande reconventionnelle* y la *exception de compensation*. La *compensation judiciaire* requeriría la concurrencia de conexión entre las contrademandas.

7ª En el Derecho alemán también se prevé la distinción entre la compensación ejercitada por medio de una contrademanda (*Widerklage*) y como "mero mecanismo defensivo" (*Prozeßaufrechnung*) (II.2. § 18). Una especialidad del

Derecho alemán consiste en la posibilidad de que el Juez disponga la separación de procedimientos cuando el crédito objeto de la reconvencción o de la excepción de compensación y el que se ejercitó en la demanda inicial no fueran conexos (II.2. § 19). Además, el Juez ante el que se interpuso la excepción de compensación con un contracrédito respecto del cual no tuviese atribuida competencia podrá dictar una decisión provisional o "dictada bajo reserva" (= *Vorbehaltssurteil*) mientras el órgano jurisdiccional competente decide sobre su existencia en un procedimiento independiente. La decisión dictada bajo reserva proveería al demandante del primer proceso de un título ejecutivo provisional frente al demandado. Si en el segundo procedimiento se decidiese que el contracrédito existe, el demandante inicial debería indemnizar al demandado.

8ª. Por último, en el Derecho inglés también existen dos cauces procesales para hacer valer pretensiones "cruzadas" (II.2. § 9): la *Counterclaim* y la *Set-off*. La primera cabría tanto en el caso de créditos inconexos como ilíquidos. Por lo que se refiere a la segunda, existiría una *Independent Set-off* que precisaría la liquidez de los créditos y una *Equitable Set-off* que podría jugar aunque éstos no fuesen líquidos, pero exigiría la concurrencia de conexión entre los mismos.

9ª En relación con el problema de si sería necesario que el Juez nacional competente para conocer de un litigio internacional en el que se reclama el pago de un crédito, habría de tener atribuida competencia judicial internacional sobre el crédito que el demandado hiciese valer mediante la compensación existen dos posturas antagónicas. De acuerdo con la primera de ellas, la atribución de competencia sobre la demanda inicial bastaría para que el Juez pudiese conocer de la compensación, del mismo modo que de cualquier otra excepción. En virtud de la segunda, en los litigios internacionales, aunque la compensación no se ejercite por medio de reconvencción, sería necesaria la atribución de competencia judicial internacional sobre el contracrédito. Esta última postura fue la defendida por el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 12.5.1993.

10ª El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas parece haberse pronunciado a favor de la primera de estas opiniones en su sentencia de 13.7.1995 (as. Danvaern c. Otterbeck) (III.1.2. §§ 1 ss. ). En ella, el Tribunal afirmó que cuando la compensación se haga valer con fines meramente absolutorios no estaría sometida a las normas sobre la competencia judicial internacional del Título II del convenio de Bruselas de 1968, sino que su ejercicio dependería de lo previsto en el Derecho nacional (III. 1.2. §§ 3 - 6). De este modo, el Tribunal se estaría apartando de lo que parecía deducirse de todos los asuntos en los que con anterioridad, se había pronunciado sobre la compensación (III.1.2. §§ 12-16).

11ª La solución del Tribunal de Justicia podría ser objeto de las siguientes objeciones (III.1.2. §§ 7 – 12). En primer lugar, se trataría de una solución excesivamente “formalista”, puesto que al demandado le bastaría con alegar la compensación con fines absolutorios, en lugar de reconvenir, para eludir la aplicación de las normas sobre la competencia judicial internacional del convenio de Bruselas. En segundo lugar, lo más coherente desde el punto de vista del Derecho procesal español, sería que el Juez de la demanda inicial tuviera atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito, aunque éste se hiciera valer mediante una excepción, ya que su decisión sobre el mismo tendría eficacia de cosa juzgada. En tercer lugar, la solución del Tribunal vulneraría el principio de igualdad de armas procesales, puesto que se beneficiaría notablemente la posición del demandado inicial frente a la del demandante. Además, el demandante no vería protegida su confianza en cuanto a que sólo tendría que defenderse en relación con el contracrédito ante un órgano jurisdiccional competente desde el punto de vista internacional.

12ª Los defensores de la irrelevancia de las normas de competencia judicial internacional respecto de la compensación ejercitada por medio de excepción suelen utilizar dos argumentos a favor de sus tesis. Primero, que la exigencia de competencia judicial internacional provocaría la privación injustificada de un derecho subjetivo (III.1.2. § 18 - 20). Segundo, que dicha privación implicaría la

inoperatividad de la función de garantía de la compensación en los litigios internacionales (III.1.2. § 21 - 24). Frente al primero de estos argumentos puede decirse que el número de supuestos en que dicha privación sólo se produciría en un número muy reducido de casos, dada la multiplicidad de foros de competencia potencialmente aplicables al contracrédito (Dentro del ámbito de aplicación del convenio de Bruselas: los foros de la autonomía de la voluntad, el foro general, el foro especial en materia contractual y el foro especial por conexidad previsto para la reconvención aplicado analógicamente a la excepción de compensación). Por otro lado, tal privación sólo tendría lugar si entendiésemos que, cuando el Juez ante el que se interpone la demanda inicial es incompetente respecto del contracrédito, la única vía que le quedaría al demandado sería su ejercicio en un procedimiento independiente. Nada impediría arbitrar en estos casos, una solución similar a la prevista en el Derecho procesal alemán en cuanto a la separación de procedimientos cuando falta conexión entre las contrapretensiones. Por lo que respecta a la segunda crítica, para que un acreedor pueda beneficiarse de la función de garantía de la compensación debería ser titular de una expectativa de compensar. Esto ocurriría bien cuando los créditos fuesen indiscutidos, o bien cuando hubiesen nacido *ex eadem causa*. En el primer caso, el Juez podría admitir la compensación sin necesidad de tener atribuida competencia judicial internacional sobre el contracrédito. En el segundo, podría aplicarse el foro de la reconvención.

13ª De la necesaria atribución de competencia judicial internacional sobre el crédito de la compensación podrían quedar excluidos dos supuestos. El primero sería aquél en el que el contracrédito no fuese controvertido. El segundo concurriría cuando existiese una resolución judicial anterior con eficacia de cosa juzgada respecto de dicho crédito (Ambos en III.1.3.).

14ª El foro de la reconvención previsto en el art. 6.3 del convenio de Bruselas podría aplicarse cuando el demandado oponga la excepción de compensación si efectuamos una interpretación auténtica de la noción "reconvención" (III.1.5. (A)).

15ª Existirían varias razones a favor de que la aplicación del foro de la reconvencción no se haga depender de la localización del domicilio del demandado en el territorio comunitario. La primera, que el fundamento de estos foros no se encontraría en la proximidad del supuesto con el territorio de un determinado Estado, sino en la vinculación procesal de una pluralidad de objetos procesales (III. 1.5.(B) § 4). La segunda, que la mejor alternativa para suplir la no previsión de un foro de este tipo en la Ley Orgánica del Poder Judicial consistiría en aplicar el art. 6.3 del convenio de Bruselas con independencia de dónde se encuentre situado el domicilio de las partes (III. 1.5.(B)).

16ª Los términos "derivada del hecho o contrato en que se fundamentare la demanda inicial" previstos por el art. 6.3 del convenio de Bruselas en cuanto a la exigencia de conexión entre las contrarreclamaciones habrían de ser objeto de una interpretación amplia (III.1.5. (C) §§ 9-12). De acuerdo con ella, este precepto podría aplicarse a los supuestos en que los contracréditos no derivasen del mismo contrato, pero sí se enmarcasen en las relaciones comerciales habituales entre las partes. Esta interpretación sería coherente con la génesis del precepto (III. 1.5. § 11), pues, lo que se habría pretendido con la inclusión de los términos mencionados habría sido aclarar la noción de conexión, que no formaba parte de las tradiciones jurídicas de algunos Estados comunitarios.

17ª En el ámbito de aplicación del convenio de Bruselas de 1968, cuando las partes hubieran suscrito válidamente una cláusula de elección de foro respecto del crédito de la compensación, que no contuviera una mención expresa al ejercicio de la compensación de créditos, el Tribunal que estuviese conociendo de la demanda inicial, no designado en dicha cláusula, no podría entrar a pronunciarse sobre el fondo de la compensación. Esto a pesar de que dicho Tribunal tuviese atribuida competencia sobre el contracrédito en virtud de alguna de las normas sobre la competencia judicial internacional legalmente previstas (salvo en el caso de que dicha atribución derivara de un foro exclusivo (art. 16), del foro de la

sumisión tácita (art. 18) o que entrara en juego un convenio específico que prohibiese a las partes derogar las competencias por él establecidas (art. 57) (III.2.5. §§ 9 - 15)).

18ª Esto es lo que se deduciría de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 9.11.1978 (as. Meeth c. Glacetal) (III.2.3). En esta decisión, el Tribunal de Justicia mantuvo que para poder afirmar la concurrencia de una prohibición de compensar como consecuencia de una prórroga de la competencia en relación con el contracrédito, habría de efectuarse caso por caso, un "*balancing test*" entre los principios de autonomía de la voluntad y de economía procesal. Desde mi punto de vista, el propio convenio de Bruselas incorporaría la solución a dicho "test", prefiriendo el principio de autonomía de la voluntad a la concentración foros. Ello se fundamentaría en la presunción de exclusividad que se derivaría del tenor del art. 17, en el efecto derogatorio de las prorrogaciones de foro y la preeminencia de la sumisión expresa sobre los foros especiales. La exclusividad se apoyaría en el carácter fundamental del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, así como en el principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza (III. 2.5. §§ 23 ss. )

19ª Existirían cuatro supuestos en los cuales el Juez que estuviese conociendo de la demanda inicial podría entrar a pronunciarse sobre la compensación a pesar de la existencia de un convenio de elección de foro aplicable al crédito de la compensación (III. 2.4. §§ 2 - 4). En primer lugar, se encontrarían aquellos casos en los que el Juez de la demanda inicial careciera de competencia judicial internacional sobre el contracrédito. En segundo lugar, el supuesto en el que el contracrédito fuera indiscutido. En tercer lugar, el caso en el que existiese una resolución anterior con efectos de cosa juzgada sobre el crédito de la compensación. Por último, cuando se produjese sumisión tácita respecto del contracrédito. Este último supuesto ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el as. Spitzley c. Sommer (III. 2.4. §§ 5 - 8).

20ª Los *fora conexitatis* no se encontrarían entre las excepciones al carácter prioritario del art. 17 del convenio de Bruselas (III.2.5 §§ 26 ss. ).

21ª A pesar de la inexistencia de una norma en el Derecho Procesal Civil autónomo español, que regule a los efectos de una cláusula atributiva de competencia judicial internacional sobre el ejercicio de la solución habría de ser la misma que la propuesta en el ámbito de aplicación del convenio de Bruselas. Ello sería consecuencia de una interpretación global unívoca del sistema de normas sobre la competencia judicial internacional español (III.2.6. , especialmente, §§ 16 – 21).

22ª En el arbitraje internacional existirían tres niveles de regulación: los convenios internacionales, la regulación uniforme y el Derecho autónomo (III.3.2.). En ninguno de ellos habría en la actualidad, una regulación adecuada sobre los problemas que plantea la compensación en este ámbito. Las únicas referencias a la compensación de créditos se encontrarían en los Reglamentos sobre Procedimiento, generales o sectoriales. En ellos, suele hacerse referencia, únicamente, a cuestiones procedimentales relativas a los plazos y la forma en que podría interponerse una reconvención o una excepción de compensación.

23ª Los supuestos que podríamos considerar “no problemáticos” en cuanto al ejercicio de la compensación en el arbitraje internacional serían: en primer término, aquellos en los que se opusieran contracréditos indiscutidos o sobre los que existiese una decisión con efectos de cosa juzgada (III. 3.4. § 2). Por otra parte, los supuestos de sumisión tácita o de renuncia tácita al arbitraje (III.3.4 §§ 3 – 14).

24ª A falta de una previsión expresa al respecto en el convenio arbitral, los Jueces estatales no podrían entrar a conocer de la compensación mediante la que se opusiera un contracrédito sometido a arbitraje.



Los principales argumentos a favor de la posición aquí mantenida se deducirían de las sentencias del Tribunal Supremo alemán de 20.12.1956 y 22.11.1962 (III.3.5. §§ 2 – 4). Primero, que permitir a un tribunal estatal conocer del fondo de la compensación en un supuesto como este implicaría una clara vulneración de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral. En segundo lugar, la prohibición de compensar en estos casos sería consecuencia del denominado “efecto negativo” de los pactos de sumisión a arbitraje. Por otra parte, si los Jueces estatales pudiesen conocer de la compensación en este tipo de casos, las partes se verían privadas de las ventajas del arbitraje en función de las cuales habrían concluido el convenio arbitral (III.3.1. §§ 9 – 17). Además, si un Juez estatal entrase a pronunciarse sobre la compensación en la que el contracrédito hubiera sido objeto de un convenio arbitral, un órgano jurisdiccional incompetente estaría decidiendo sobre la existencia de dicho crédito con efectos de cosa juzgada, lo que parece inadecuado. Por último, la inadmisibilidad de la compensación en estos casos se apoyaría en la protección de la confianza de las partes en la sumisión a arbitraje y, en definitiva, de la seguridad jurídica (III. 3.5. §§ 7 – 16).

25ª Esta solución sería especialmente clara cuando las partes hubiesen pactado un arbitraje internacional especial (por ejemplo, un *Fast Track*) o un arbitraje sectorial o hubieran dispuesto expresamente que el árbitro decidiría conforme a la equidad (III.3.5. § 17).

26ª De no existir ninguna mención expresa de las partes a este respecto, un órgano arbitral no podría entrar a conocer de la compensación mediante la que se opusiera un contracrédito al que no resultase aplicable el convenio arbitral. La principal razón en este sentido consistiría en que nos encontraríamos ante un problema sobre la extensión de la competencia del árbitro y en arbitraje, ésta dependería de lo pactado por las partes (sólo ellas podrían ampliar la competencia del tribunal arbitral). Además, de lo contrario, el fin del convenio arbitral se frustraría porque la decisión del árbitro sobre el contracrédito tendría carácter

definitivo (salvo en el caso de que prosperase un hipotético recurso de nulidad). Esta opinión es compartida por el tribunal arbitral austriaco sobre comercio de productos agrícolas en su sentencia de 25.5.1956 y la que se deduciría del tenor del art. 19.3 del Reglamento UNCITRAL (III.3.6. §§ 13 - 16).

27ª Frente a la opinión contraria a la aquí mantenida, fundamentada sobre la base de la supuesta privación del derecho material a compensar que se produciría como consecuencia de la imposibilidad de que el árbitro entrase a pronunciarse sobre la existencia de un contracrédito no sometido a arbitraje, cabría proponer una solución análoga a la prevista en el art. 29 del Concordato intercantonal suizo sobre arbitraje de 27.3.1969 en el ámbito del arbitraje interno: la posible suspensión del procedimiento mientras el órgano jurisdiccional estatal que tuviera atribuida competencia sobre el crédito de la compensación decidiera sobre el mismo (III.3.6. §§ 28 - 43).

28ª En el caso de que los créditos recíprocos se encontrasen sometidos a arbitrajes internacionales distintos, el árbitro que estuviese conociendo de uno de ellos no podría pronunciarse sobre la compensación con el otro. De nuevo, la prohibición de compensar se fundamentaría en que el árbitro sólo podría conocer de los créditos sometidos por las partes a su conocimiento en el convenio arbitral (III.3.7. §§ 7 - 9).

29ª Esta opinión sería contraria a la que se tomó como base para la consolidación de los arbitrajes objeto del procedimiento arbitral núm. 5971 de la Cámara de Comercio Internacional (III.3.7. §§ 4 - 6). En este procedimiento, se afirmó que a pesar de contener cláusulas compromisorias diferentes los distintos contratos formarían una "unidad económica", por lo que podrían ser objeto de un único arbitraje internacional. Desde mi punto de vista, de ser realmente así, las partes no hubieran sometido cada uno de los contratos a un órgano arbitral diferente.

30ª Frente al intento del demandado de que el órgano arbitral competente sobre el crédito inicial entrase a conocer de un contracrédito sometido a un arbitraje distinto, el demandante podría interponer una declinatoria. También podría recurrirse el laudo arbitral en anulación o solicitarse la denegación del reconocimiento y la ejecución ante los Jueces estatales.

31ª La ley aplicable a la compensación de créditos no es una cuestión expresamente regulada en el convenio de Roma de 1980. No obstante, se trataría de uno de los "modos de extinción de las obligaciones" a los que resultaría aplicable la *lex contractus* de acuerdo con el art. 10. 1, d) del convenio de Roma. Esto sería una consecuencia del principio de unidad de régimen jurídico del contrato (IV.1. §§ 11 – 15).

32ª Cuando los créditos que pretenden compensarse se rijan por la misma ley, el principio de unidad de régimen jurídico del contrato tendría una virtualidad total: la compensación se regiría por dicha ley (IV. 1 § 18 y IV.2.1 § 1).

33ª Cuando cada uno de los créditos se rija por una ley diferente en virtud de las reglas previstas en el convenio de Roma de 1980, habría que optarse por uno de los posibles criterios de conexión propuestos por la doctrina a la hora de determinar la ley aplicable a la compensación.

34ª Con el fin de valorar cuál de dichos criterios de conexión sería preferible podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos. En primer lugar, los intereses de las partes. En la medida de lo posible habría de tratarse de un criterio previsible para ellas. En segundo lugar, la naturaleza jurídica de la compensación. Pero, esta habría de entenderse como el conjunto de notas comunes atribuidas a la compensación en los distintos ordenamientos jurídicos considerados y no como un reflejo de las construcciones en torno a la figura en el ordenamiento jurídico del foro. Por último, las razones de orden práctico que pudieran ser relevantes (IV.2. § 3 – 5).

35ª La postura más adecuada en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la compensación de créditos sería la que defiende la aplicación de la ley del crédito que se querría extinguir mediante la oposición de la compensación (= el crédito inicial). Esta viene siendo la posición mayoritaria en los ordenamientos jurídicos que adoptan el modelo germánico de compensación de créditos. El Tribunal Supremo suizo la mantiene desde una sentencia de 1937 y lo mismo ha afirmado el *Bundesgerichtshof* alemán (IV.2.1. § 1 - 7). Asimismo, ha sido la postura recogida en el art. 148, II de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza (IV.2.1. § 36).

36ª El principal argumento a favor de esta teoría sería el que tomaría como base el principio de unidad de régimen jurídico del contrato. De acuerdo con él, el efecto extintivo de la compensación sobre el crédito inicial debería depender de la ley aplicable a dicho crédito. Por otro lado, la aplicación de la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación favorecería la posición del supuesto acreedor del mismo. Esto estaría justificado porque dicho acreedor no recibiría el pago previsto que era el objeto de su reclamación, mientras que, por su parte, el acreedor del contracrédito habría hecho valer la compensación voluntariamente (IV. 2.1. §§ 5 - 16).

37ª Los defensores de la teoría de la acumulación serían partidarios de la aplicación de las leyes de todos los créditos que van a extinguirse por compensación. Esta teoría tiene su origen en Francia, aunque también ha sido mantenida por algunos autores alemanes (IV.2.2. § 1 - 2).

Los argumentos esgrimidos a favor de esta posición serían los siguientes. Primero, partiendo del modelo francés de la compensación automática, algunos autores afirman que dado que todos los créditos recíprocos se extinguirían por efecto de la compensación, ninguno de ellos habría de ser preferido sobre el otro en la determinación de la ley aplicable a ésta. En segundo lugar, de acuerdo con

la teoría francesa de la "neutralidad de intereses" no debería darse mayor peso a ninguna de las partes de la relación jurídica en cuestión. Por último, la compensación constituiría un mecanismo especial de extinción de las obligaciones, por lo que debería admitirse con cautela. Según los defensores de esta teoría, ninguna otra serviría mejor a este fin que la aplicación cumulativa de las leyes que rigen los créditos recíprocos (IV.2.2. §§ 7 – 13).

38ª En cuanto al primero de los argumentos señalados, opino que se trataría de una petición de principio (IV. 2.2. § 15). Además, el carácter automático de la compensación no impediría distinguir el crédito contra el que ésta se dirige de aquél cuya extinción sin pago en efectivo, libremente querida por su presunto titular, provocaría a su vez la extinción del crédito inicial (IV.2.2. § 16). Desde la perspectiva de los intereses en presencia, la posición del presunto acreedor del crédito contra el que se dirige la compensación no sería equivalente a la de quien la ejercita. La extinción del contracrédito sería consecuencia de un acto voluntario de su presunto titular (IV.2.1. § 17). Por otro lado, la teoría de la acumulación plantearía problemas en el campo de los efectos de la compensación. Concretamente, cuando de acuerdo con una de las leyes aplicables la compensación operaría *ex nunc*, mientras que según la otra lo haría *ex tunc* (IV.2.2. §§ 19 – 25). Por último, esta teoría complicaría demasiado la labor del Juez (IV.2.2. § 26).

39ª La aplicación de la *lex fori* a la compensación tomaría como base la supuesta naturaleza jurídico procesal de la compensación en los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona. Esta solución no es compatible con lo previsto en el convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que está vigente para Gran Bretaña, puesto que la compensación constituía uno de los "modos de extinción de las obligaciones" a los que se refiere el art. 10, d). A este respecto es importante destacar cómo la prescripción es objeto de referencia expresa en el precepto citado y respecto de ella también se plantearía el problema relativo a su calificación procesal (IV. 2.3. §§ 4 – 5).

Por otro lado, la aplicación de la ley del foro sería una medida excesivamente "formalista" puesto que desconocería las leyes que rigen los créditos recíprocos. Esto supone no tener en cuenta los intereses de los presuntos acreedores. En especial, cuando los créditos estuviesen sometidos a la ley de la autonomía (IV. 2.3. § 8).

40ª Otras teorías de menor importancia en torno a la ley aplicable a la compensación de créditos merecerían una breve mención. En primer lugar, se encontraría la propuesta por el autor alemán KANNENGIESSER en su tesis doctoral: la aplicación alternativa de las leyes de los créditos en presencia en función del principio *favor compensationis* (IV.2.4. §§ 2 - 14). El problema que presentaría esta teoría sería que el principio de favorecimiento de la compensación carecería de apoyo legal. Además, podría perjudicar al acreedor que no recibiría el pago en efectivo contra su voluntad. En tercer lugar, esta postura conduciría a la inaplicación de las prohibiciones de compensar previstas en la ley del crédito que pretende extinguirse mediante el ejercicio de la compensación, lo cual no parecería razonable. Por otro lado, en contra de la teoría de la alternatividad podría afirmarse lo problemática que resultaría su aplicación práctica.

41ª Aparte de la teoría de la alternatividad existirían otras "teorías menores" que tomarían como base criterios de conexión de carácter objetivo. Ninguna de ellas parece convincente, a pesar de que todas contribuirían a reducir la incertidumbre que conllevaría todo criterio de conexión subjetivo. Entre las mencionadas propuestas se encontraría en primer lugar, la que propugnaría la aplicación de aquél de los créditos nacido en primer lugar (IV.2.4. § 18 - 21). En segundo lugar, la que pretendería la aplicación a la compensación de la ley del crédito nacido en último lugar (IV.2.4. § 22 - 25). Los principales problemas que plantean estas teorías sería: en primer lugar, que los créditos recíprocos podrían

nacer simultáneamente. Por otra parte, ambas responderían a un criterio aleatorio y por lo tanto, insatisfactorio.

42ª Al grupo de las teorías que tomarían en consideración criterios de conexión objetivos pertenecería también la propuesta por el autor alemán EUJEN (IV.2.4. §§ 16 – 18). Según este autor, a la hora de determinar la ley aplicable a la compensación habría de atenderse a la ley del domicilio del compensante. Dos serían los principales problemas que presentaría esta teoría. Primero, que se trataría de un criterio de conexión "ficticio" por lo aleatorio. En segundo lugar, que la ley del domicilio del compensante podría determinarse con tanta antelación que permitiría llevar a cabo manipulaciones con facilidad. Por otra parte, este autor no justificaría suficientemente por qué según su opinión la teoría que defiende la aplicación de la ley del crédito que pretendería extinguirse mediante el ejercicio de la compensación no respetaría suficientemente la función de aseguramiento que se atribuye a ésta.

43ª En último lugar, se ha propuesto la aplicación de la ley por la que se regiría el contracrédito ((IV.2.4. § 35). Esta solución no me parecería adecuada. No parece que la ley del crédito inicial deba ser totalmente ignorada.

44ª La ley de la compensación (= la ley del crédito inicial) se aplicaría a las condiciones, consumación y eficacia de la misma (IV.3. §§ 2 – 5). De tal manera que, dicha ley determinaría los requisitos positivos para la admisibilidad de la compensación, así como los negativos o prohibiciones de compensar. Del mismo modo, esta ley decidiría si cabría una renuncia al derecho a compensar. La existencia del contracrédito y su cuantía se regirían, sin embargo, por la ley aplicable al mismo (IV.3. § 6).

45ª En el art. 12 del convenio de Roma de 1980 no existe una previsión expresa en cuanto a la ley aplicable a la compensación en los supuestos de cesión de

créditos. No obstante, de lo previsto en este precepto, junto con el art. 10.1, d), se deduciría la aplicación de la ley del crédito cedido (IV. 4 § 14).

La compensación opuesta al cesionario por el deudor cedido escaparía a las "relaciones entre cedente y cesionario" que quedan sometidas a la ley del pacto de cesión según el art. 12.1. Más bien pertenecen al ámbito de las "relaciones entre el cesionario y el deudor" y de las "condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor" (art. 12.2 CR). Es decir, la ley del crédito cedido determinaría tanto los motivos por los que el cesionario puede exigir el cumplimiento al deudor, como las razones por las que éste podría negarse al mismo (IV. 4. §§ 15 – 16).

Esta solución sería conforme con que la existencia de un crédito ha de venir determinada por la ley aplicable al mismo (art. 10 CR) y con el principio según el cual la cesión no debe modificar la posición del deudor (IV.4. §§ 18 – 19).

46ª En cuanto a la ley aplicable a la compensación convencional habríamos de distinguir por un lado, el supuesto de los pactos de compensación independientes y por otro, el de la compensación convencional accesorio. Respecto de los primeros (IV. 5.1.), estos tendrían su propia ley aplicable determinada con arreglo a lo previsto en las normas de conflicto aplicables de manera general en materia de obligaciones contractuales. Esto mismo sería lo que se desprendería del art. 148, III de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza (IV. 5.1. § 3) o del Proyecto UNCITRAL de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (IV. 5.1. § 4). En el caso del Derecho Internacional Privado español, esto implicaría la aplicación de las reglas previstas en los arts. 3 a 6 y 12 del convenio de Roma de 1980. Respecto de la compensación convencional, de no existir una designación de las partes de la ley aplicable al contrato, la aplicación de dichas reglas convencionales plantearía un problema similar al de la permuta: la dificultad de determinar cuál habría de considerarse la prestación característica del contrato. La doctrina ha propuesto diversas soluciones a este problema (IV. 5.1.



§§ 610 – 14). En mi opinión, lo más adecuado en estos casos, sería acudir a la cláusula de escape prevista en el art. 4.5 del convenio de Roma (IV. 5.1. § 15).

47ª Por lo que se refiere a la ley aplicable a la compensación convencional accesoria (IV. 5.2), el pacto de compensación habría de seguir la misma ley aplicable al contrato principal. Esta sería la solución más adecuada en el caso de los pactos de compensación accesorios a contratos de cuenta corriente (IV. 5.2. § 2) o a los derechos de compensación contractual derivados del contrato de origen de una cesión de créditos, de acuerdo con el Proyecto UNCITRAL de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación (IV. 5.2. § 5).

48ª Las principales cuestiones que se plantean en torno a la compensación desde la perspectiva de los problemas generales de aplicación del Derecho Internacional Privado vendrían originados por la diferente calificación de esta institución en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios. En particular, por la consideración de la compensación como un instituto jurídico-procesal en los sistemas de *Common Law* (IV.6. § 1).

No cabría un reenvío a la ley del foro como consecuencia de la diferente calificación procesal – material de la compensación en los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios. En concreto, cuando de acuerdo con el Derecho Internacional Privado de un Juez continental resultara aplicable a la compensación la ley inglesa. La prohibición del reenvío deriva, además, de lo previsto en el art. 15 del convenio de Roma de 1980 (IV. 6 §§ 7 – 10).

49ª Por otra parte, la inexistencia de una figura asimilable a la compensación de créditos en el ordenamiento jurídico por el que esta habría de regirse no supondría una vulneración del orden público del foro (IV.6. § 12).

50ª En la actualidad, en los procedimientos de insolvencia, la admisión de la compensación representaría una importante ventaja desde el punto de vista de los

acreedores del deudor insolvente (V.1. § 6). Se trataría de un mecanismo especial de satisfacción a favor de los mismos, ya que podrían cobrar sus créditos en la totalidad, sin necesidad de someterse a la ley del dividendo. Por el contrario, si se prohíbe la compensación concursal se favorecerían los intereses del deudor quebrado (V.1. § 4). En efecto, éste podría exigir los créditos pendientes a su favor en toda su cuantía, a pesar del derecho de compensar, mientras que los acreedores que a su vez, fuesen titulares de créditos contra el quebrado habrían de cobrar al final del procedimiento, junto con los demás acreedores ordinarios y a *prorrata*.

La opción por una de estas dos soluciones en cuanto a la admisión / inadmisión de la compensación en lo procedimientos de insolvencia dependerá del peso que en cada sistema se de a determinados principios (V.1. § 8 y V.2.1. §§ 3 – 7 y V.2.2. ). Los ordenamientos jurídicos que con carácter general prohibirían el juego de la compensación en la quiebra, serían los de Estados con un Derecho concursal pro-deudor: a este grupo pertenecerían Francia, España, Portugal, Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Chile Brasil, Argentina, Colombia, Méjico, Panamá, Venezuela, Sudáfrica, Filipinas, Luisiana, Québec y Egipto. Los que la admitirían serían los ordenamientos de determinados Estados con Derechos concursales pro-acreedor. Entre ellos se encontrarían: USA (excepto Luisiana), Australia, Nueva Zelanda, Canadá, así como Alemania y los Derechos de su esfera de influencia, como los Derechos suizo, austriaco, danés, finlandés, noruego, sueco, holandés, italiano, japonés y coreano.

51ª El Derecho francés pertenecería de forma paradigmática a los denominados Derechos concursales pro-deudor (V. 2.1.(A). § 1). Desde el punto de vista de los efectos de la compensación en los procedimientos de insolvencia esto implica que, como regla general, no podrá compensarse a partir del momento de la declaración de apertura del concurso. Esto sería una consecuencia del modelo de compensación automática previsto en el *Code civile* (V. 2.1.(A). § 2) : por ministerio de la ley sólo podrían compensarse las deudas recíprocas que antes de

la declaración de quiebra reunieran las condiciones exigidas para la concurrencia de la situación objetiva de compensabilidad. En ese caso, la compensación habría producido ya sus efectos extintivos. La admisión de la compensación sobre la base de que la declaración de apertura crearía por sí misma la situación objetiva de compensabilidad es rechazada, por contraria al principio de la *par conditio creditorum* (V. 2.1.(A). § 2). Por otro lado, la inadmisión de la compensación concursal sería contraria a lo que se conoce como "la lógica de la compensación como pago". Si la compensación equivale al pago y éste se prohíbe una vez declarada la apertura del concurso, la compensación también habría de inadmitirse a partir de ese mismo momento. Todo ello se habría plasmado en los arts. 15 de la ley francesa de 13.7.1967 y 33 de la ley núm. 85 – 98 de 25.1.1985 (V. 2.1.(A). §§ 3 – 4). Este último precepto recoge lo que ya se había reconocido por vía jurisprudencial: la excepción a la prohibición de compensar en el concurso cuando los créditos recíprocos hubiesen nacido *ex eadem causa*.

52ª En el Derecho español no existe precepto alguno que contenga una regla general sobre la admisión / inadmisión de la compensación de créditos en los procedimientos de insolvencia. Únicamente, se hace referencia expresa a la compensación concursal en dos supuestos. En las normas que transponen las *Directivas comunitarias en el ámbito de las operaciones bancarias* y en el caso concreto previsto por el art. 926 del Código de comercio en relación a los créditos que contra la sociedad insolvente pudieran tener los socios comanditarios, de sociedades anónimas o de cuentas en participación (V. 2.1.(B). § 1 - 3).

53ª A falta de una regla general al respecto, la doctrina mayoritaria afirma la inadmisibilidad de la compensación en los procedimientos de insolvencia. Esta doctrina ha venido encontrando reflejo en los sucesivos Proyectos y Anteproyectos de Ley concursal (arts. 173 del Anteproyecto de 1983, art. 69 de la Propuesta de Anteproyecto de 1996 y art. 57 de la Propuesta de Anteproyecto de 2000). Los argumentos manejados por los defensores de esta postura serían los siguientes (V.2.1.B.1. §§ 5 ss.). En primer lugar, un argumento basado en el principio de

indisponibilidad del patrimonio del quebrado. La compensación produciría una reducción no deseada de la masa de la quiebra en detrimento de la mayoría de los acreedores concursales. En segundo lugar, la admisión de la compensación en la quiebra implicaría un tratamiento preferente, injustificado de unos acreedores frente a otros. Dicho tratamiento preferente sería rechazable por vulnerar el principio de igualdad de trato de los acreedores de la quiebra (*par conditio creditorum*). En tercer lugar, la inadmisión de la compensación en los procedimientos concursales sería coherente con la mayor importancia que habría de concederse a la función de pago atribuida a la compensación frente a otras de sus posibles funciones. Por otro lado, dicha inadmisión derivaría de la prohibición de compensar prevista en el art. 1196, 5º del Código civil respecto de los créditos sometidos a retención. En quinto lugar, se tomaría como base para tal prohibición una interpretación *a sensu contrario* del art. 926 del Código de comercio. De acuerdo con dicha interpretación, la admisión de la compensación concursal en el supuesto previsto en dicho precepto supondría una excepción a la regla general de prohibición de la compensación en la quiebra. Por último, la mencionada prohibición también se apoyaría en el carácter "oculto" de la garantía fundada en la expectativa de compensar. De tal manera que su admisión implicaría una clara vulneración de los derechos de terceros en el concurso.

54ª Los partidarios de la postura minoritaria entienden que debería admitirse la posibilidad de compensar tras la apertura de un procedimiento concursal. De este modo, se estaría protegiendo la expectativa de compensar creada con anterioridad a dicha apertura. En mi opinión ésta sería la solución más adecuada, puesto que partiría del respeto de las posiciones de las partes adquiridas en el momento de contratar (V. 2.1.B.2. § 2). No obstante, otros argumentos manejados por los defensores de esta postura presentan aspectos discutibles (V. 2.1. §§ 3 - 21 ). En primer lugar, se afirma que los derechos de compensar habrían de ser respetados porque la propia declaración de quiebra crearía la situación objetiva de compensabilidad. Para que el vencimiento de las deudas producido por la declaración de quiebra impidiese el juego de la compensación se precisaría una

previsión legal al respecto. A falta de la misma debería entenderse que "lo no prohibido estaría permitido". Además, según este sector doctrinal, la admisión de la compensación concursal no vulneraría injustificadamente el principio de *par conditio creditorum*. Esta regla habría dejado de ser fundamental en el concurso. Otro argumento a favor de la compensación en los procedimientos concursales derivaría de una interpretación *a simili* del art. 926 del Código de comercio. Este precepto no supondría una excepción, sino la confirmación de la regla general de acuerdo con la cual se admitiría el juego de la compensación en los procedimientos de insolvencia. El carácter problemático del supuesto previsto en ese precepto, derivaría de que en algunos ordenamientos comunitarios se establece una prohibición de compensar a este respecto. De modo que, la admisión de la compensación con los créditos frente a la sociedad insolvente de los socios de sociedades anónimas comanditarias y de cuentas en participación tendría carácter aclaratorio. En cuarto lugar, los defensores de esta postura afirmarían que las mismas razones por las que se admitiría en ciertos casos la compensación concursal de créditos conexos (= razones de equidad) podrían fundamentar una regla general de admisión de la compensación en la quiebra. Algunos autores utilizan como argumento, además, la identidad valorativa entre los supuestos de compensación concursal en general y los de compensación en el caso de la insolvencia en el ámbito bancario, supuesto este último en el que las Directivas comunitarias y las normas nacionales que las han transpuesto admiten el juego de la compensación en los procedimientos de insolvencia. Por último, no faltarían en España los defensores de la compensación en la quiebra sobre la base de que ésta colocaría a los acreedores concursales en una posición similar a la de los titulares de un derecho de retención o de prenda.

55ª Resumidamente, tratando de aunar los resultados de las dos posturas doctrinales señaladas, podría afirmarse que existirían seis supuestos en los cuales sería pacífico que debería admitirse de la compensación tras la declaración de apertura del concurso en el Derecho español (V.2.1.B.4. §§ 2 – 11). En primer lugar, cuando la situación objetiva de compensabilidad concurriera con

anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia. En segundo lugar, en el caso de créditos conexos. En tercer lugar, en el caso de los contratos en cuenta corriente. En cuarto lugar, cuando existiese un pacto previo de compensación. En quinto lugar, en el supuesto del art. 926 del Código de comercio. Por último, en el ámbito bancario en los supuestos previstos por las Directivas comunitarias 96 / 10 / CE, de 21 de marzo de 1996, que modifica la Directiva 89 / 647 / CEE en lo relativo al reconocimiento por las autoridades competentes de los acuerdos de compensación contractual y la Directiva 98 / 26 / CE, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación de valores en los sistemas de pagos y liquidación de valores.

56ª En cuanto a la posición del Tribunal Supremo a este respecto, ésta coincidiría con la opinión mayoritaria de acuerdo con la cual el juego de la compensación habría de excluirse con carácter general, una vez que se hubiera declarado la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esto se deducía ya de sentencias como la de 27.2.1888, 1.3.1929, 21.3.1932 y 19.2.1973 (V.2.1.B.3. § 2). Un especial interés despertaría la sentencia de 17.3.1977 porque en ella se encontrarían los más importantes argumentos a favor de esta postura (V.2.1.B.3. § 3). No obstante, es importante tener en cuenta la sentencia de 11.10.1988, puesto que podría dar lugar a un cambio jurisprudencial en la materia (V.2.1.B.3. § 4). Por otra parte, el Tribunal Supremo también habría admitido la compensación concursal en el caso de los contratos de cuenta corriente (V.2.1.B.3. § 8).

57ª El Derecho inglés sería el más liberal entre los de nuestro entorno en cuanto a la admisión de la compensación de créditos en los procedimientos concursales. Desde el siglo XVII, los tribunales ingleses vienen admitiendo la compensación sobre la base de razones de equidad (V. 2.2.(A). §§ 2 - 8). Con ello se habría venido atribuyendo a esta figura una función de aseguramiento frente a la insolvencia de la contraparte. Esta regla general de admisión de la compensación concursal se limitaría en dos supuestos (V. 2.2.(A). § 17 - 18): cuando el acreedor hubiera adquirido voluntariamente el crédito después de la

notificación de la petición de apertura y cuando el acreedor adquiriese los créditos compensables voluntariamente, después de la fecha de apertura del procedimiento. Con estas excepciones se pretendería evitar la creación "fraudulenta" situaciones de reciprocidad. Una peculiaridad del Derecho inglés sería la atribución de carácter imperativo a la regla según la cual habría de admitirse la compensación en la quiebra (V. 2.2.(A). § 21).

58ª En el Derecho alemán la regla general también sería que la compensación es admisible a pesar de la apertura del concurso. A este respecto, habría de distinguirse la regulación contenida en la nueva *Insolvenzordnung* (en vigor desde el 1.1.1999) (V. 2.2.(B). §§ 15 – 26) y la antigua *Konkursordnung* (V. 2.2.(B). §§ 5 – 14) que aún seguiría aplicándose a los procedimientos abiertos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. La *Konkursordnung* permitía la compensación tras la declaración de quiebra (§ 53). Esta admisión abarcaría tanto los casos en que todas las condiciones de compensabilidad se dieran con anterioridad a la apertura del procedimiento, como cuando tan sólo concurriera el requisito de la reciprocidad entre los créditos (§ 54). Las prohibiciones de compensar se regulaban en el § 55 de la *Konkursordnung*. Sobre la base de este artículo, la compensación no podría operar cuando la situación objetiva de compensabilidad se hubiera creado de manera fraudulenta o con motivo de una "ventaja casual" (= *Zufallsvorteil*). Esto es, cuando la compensabilidad se hubiera creado de forma "artificial". La nueva regulación de la compensación concursal contenida en la *Insolvenzordnung* respondería a los mismos fundamentos que estaban en la base de la regulación anterior. Se seguiría protegiendo la confianza de los acreedores que tuvieran a su favor una expectativa de compensar anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. Los preceptos de la nueva Ley serían más perfectos desde el punto de vista técnico. Continúa tomándose como punto de partida que el acreedor que con anterioridad a la apertura del concurso pudiera confiar en la posibilidad de compensar no verá afectada tal expectativa como consecuencia del procedimiento de insolvencia (§ 94). El § 95.1 de la *Insolvenzordnung* no deja lugar a dudas en cuanto a que la compensación

concurzal podría operar aunque en el momento de la apertura de la quiebra el crédito no estuviese vencido, fuese heterogéneo o estuviese condicionado, una vez que estos impedimentos dejasen de concurrir. Por otro lado, se sigue manteniendo la *previsión de una serie de prohibiciones de compensar* en el § 96. En virtud de este precepto, se impediría compensar cuando los acreedores hubieran adquirido los créditos con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal y cuando el acreedor del deudor insolvente se hubiera convertido en deudor del mismo con posterioridad a la declaración de apertura.

59ª La Ley concursal austriaca seguiría el modelo de compensación concursal de la *Konkursordnung* alemana (V.2.2.B. §§ 27 – 35).

60ª Con anterioridad a la reforma de 1942, en el Derecho italiano regía la norma general de inspiración francesa, de acuerdo con la cual la compensación habría de ser inadmitida una vez declarada la apertura de un procedimiento de insolvencia (V. 2.2.(C). § 1). En la actualidad, lo que se deduciría de *Codice civile* de 1942, junto con la *Legge fallimentare* sería la aproximación del modelo italiano de compensación concursal al de la *Konkursordnung* alemana (V.2.2.C. §§ 2 – 13). El art. 56.1. de la vigente Ley de quiebras italiana prevé la posibilidad de compensar tras la apertura del concurso con créditos no vencidos. A esta regla general, se prevén dos excepciones: cuando el crédito compensable hubiera sido adquirido *inter vivos* tras la declaración de apertura y cuando los créditos hubieran sido adquiridos por los acreedores del deudor insolvente durante el año anterior a dicha declaración.

61ª En el ámbito de los procedimientos internacionales de insolvencia, cabría mantener tres posiciones en relación con la ley aplicable a la compensación. En primer lugar, podría afirmarse que tanto dentro como fuera de la quiebra la compensación debería regirse por una misma ley (V. 3 §§ 1 – 2). En segundo lugar, podría sostenerse que la apertura del concurso traería consigo un cambio en cuanto a la ley aplicable a la compensación: ésta pasaría a regirse por la *lex*



*concurso* (IV. 3 §§ 3 – 9). Por último, sería posible preferir una combinación de reglas a este respecto. De tal manera que, pudieran combinarse una solución unitaria y otras en las que se fraccionaría la ley aplicable. Una solución de este tipo es la prevista en el reglamento comunitario relativo a los procedimientos de insolvencia.

62ª Por un lado, jugaría la regla básica del reglamento, según la cual, un procedimiento de insolvencia y sus efectos se rigen por la ley del Estado de apertura (art. 4.1 RPI). Esta primera regla se aplicaría típicamente cuando el procedimiento de insolvencia se hubiera abierto en Gran Bretaña, dado que en el Derecho anglosajón la *Insolvency Set-off* se concebiría como una figura jurídica distinta e independiente de la compensación extraconcursal y que operaría con carácter imperativo (IV. 3.2. §§ 2 – 5).

63ª La segunda regla prevista en el reglamento sobre los procedimientos de insolvencia en torno a la ley aplicable a la compensación derivaría de lo previsto en la lista ejemplificativa del art. 4.2, d). De lo previsto en este precepto se deduciría un fraccionamiento en cuanto a la ley aplicable, en los casos en los que según el Derecho del Estado de apertura pudiera distinguirse entre las “*condiciones de oponibilidad de una compensación*” en un procedimiento de insolvencia y su fundamento extraconcursal. En estos caso, este último aspecto seguiría rigiéndose por la ley del crédito contra el que se dirige la compensación. Las condiciones para la oponibilidad de ésta en insolvencia quedarían sometidas a la *lex fori concursus* (IV. 3.2. §§ 3 – 5).

64ª El art. 6 RPI contendría una tercera regla para la compensación concursal. El precepto estaría pensado para aquellos supuestos en los que de acuerdo con la ley del crédito pasivo existiera un derecho de compensar que no pudiese tener eficacia en insolvencia en virtud de lo previsto en la ley del Estado de apertura. En esos casos, el reglamento salvaguarda la expectativa de compensar en los

procedimientos concursales fundamentada en la ley del crédito del deudor insolvente (IV. 3.3. §§ 3 – 9).

65ª Le referencia del art. 6 RPI a lo previsto en la *"ley del crédito del deudor insolvente"* debe entenderse referida a las condiciones previstas en dicha ley para el ejercicio de la compensación en insolvencia. Una limitación a los aspectos extraconcursales de la compensación regulados en ese Derecho supondría en realidad mantener que la apertura de un procedimiento de insolvencia no afectaría en nada a la ley aplicable a la compensación. Claramente, esa no sería la solución del reglamento (IV. 3.3. §§ 13 – 14).

Además, una interpretación contraria a la indicada supondría desconocer tanto lo que el Derecho concursal del foro, como el Derecho concursal del crédito del deudor insolvente prevén en cuanto a la admisibilidad de la compensación. De tal manera que, aunque de acuerdo con estos dos derechos llegásemos a la conclusión de que no cabría compensar en un procedimiento de insolvencia, por medio de una regla de Derecho Internacional Privado se crearía un derecho a compensación. Esto resultaría inadecuado, puesto que la creación de derechos no sería una función de las normas de conflicto (IV. 3.3. § 16).

Por otro lado, una construcción según la cual el art. 6 sólo se estaría refiriendo a los aspectos extraconcursales de la ley del crédito del deudor insolvente respecto de la compensación sería inadecuada desde el punto de vista del Derecho anglosajón. En él, la compensación concursal constituye una figura jurídica distinta de la extraconcursal, por lo que lo que ocurra en este tipo de casos en procedimientos extraconcursales no parecería relevante, cuando la ley del crédito pasivo fuera el derecho inglés (IV. 3.3 § 15).

66ª De este modo, se podría concluir que en el reglamento sobre procedimientos de insolvencia existen tres tipos de conexiones: la general (arts. 4.1 y 28 RPI), la prevista para los derechos reales (art. 5 RPI) y la reserva de

propiedad (art. 7 RPI) y las reglas relativas a la ley aplicable a la compensación (arts. 4.1, 4.2, d) y 6 RPI).

67<sup>a</sup> Las propuestas de directivas comunitarias relativas a los procedimientos de insolvencia de entidades de crédito y empresas de seguros contienen una solución paralela a la prevista en el reglamento 1346/2000 en cuanto a la ley aplicable a la compensación concursal (IV. 3.4.).

## VII. BIBLIOGRAFÍA

1. AA. VV. (ALBERTO...), *Commentario.breve alla legge fallimentare*, CEDAM, Padua, 2000.
2. AA.VV. (BERNSTEIN...), *Handbook of Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998.
3. AA. VV. (BÖCKSTIEGEL...), *Neues deutsches Schiedsverfahrensrecht*, DIS, Bonn, 1998.
4. AA. VV. (BURGSTALLER...), *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Orac, Viena, 2000.
5. AA. VV. (CALVO CARAVACA...), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III & BOE, Madrid, 1995.
6. AA. VV. (CAPOTORTI...), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale. Repertorio 1967 – 1990*, Giuffrè, Milán, 1991.
7. AA. VV. (FERNÁNDEZ ROZAS...), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.
8. AA. VV. (FOUCHARD...), *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996.
9. AA. VV. (GLASSNER...), *Das Schiedsgerichtsbarkeit in der Praxis*, 3ª ed. , Heidelberg, 1990.

- 10.AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid 1995.
- 11.AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 1998.
- 12.AA. VV. (GONZÁLEZ CAMPOS...), *Derecho internacional privado*, 2ª ed., vol. II, UNED, 2000.
- 13.AA. VV. (HONSELL...), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht*, t. I, Bâle, 1992.
- 14.AA. VV. (HONSELL...), *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhanh / Kluwer, Basel / Ginebra / Munich, 2000.
- 15.AA. VV. (HUNTER...), *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Kluwer, Deventer/ Boston, 1993.
- 16.AA. VV. (HUNTER...) , *The Internationalisation of International Arbitration*, Graham & Trotman, Londres / Dordrecht / Boston, 1995.
- 17.AA. VV. (LORCA NAVARRETE...), *El proceso civil español*, Dykinson, Madrid, 1995.
- 18.AA. VV. (LORCA NAVARRETE...), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, t. II, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- 19.AA. VV. (MONTERO AROCA...), *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- 20.AA. VV. (MONTERO AROCA...), *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- 21.AA. VV. (MOUSSERON...), *Droit du commerce international (Droit international de l'entreprise)*, Litec, París, 2000.
- 22.AA. VV. (NORTH...), *Contract Conflicts (the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study)*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam / Nueva York / Oxford, 1982.
- 23.AA. VV. (PALANDT), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 59ª ed. , Beck's, Munich, 2000.
- 24.AA. VV. (PÉREZ VERA...), *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, 1998.
- 25.AA. VV. , (PAULSSON...), *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, 2ª ed. , Kluwer, La Haya/ Londres/ Boston, 1999.
- 26.AA. VV. (RAESCHKE – KESSLER...), *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 2ª ed. , Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, , 1995.
- 27.AA. VV. (SCHÜTZE...), *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2ª ed. , Beck's, Munich, 1990.
- 28.AA. VV. (TERRÉ...), *Droit civil. Les obligations*, 6ª ed. , Dalloz, París, 1996.
- 29.AA. VV. (VISCHER...), *Internationales Vertragsrecht*, 2ª ed. , Stämpfli, Berna, 2000.

- 30.AA. VV. (WIMMER...), *Frankfurter Kommentar zum InsO*, Neuwid / Kriftel, Luchterhand, 1999.
- 31.AA. VV. , *Derecho Civil Internacional*, dir. AGUILAR NAVARRO, Madrid, 1975.
- 32.AA. VV. , *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, ed. instituto de empresa, Madrid, 1985.
- 33.ADOLPHSEN, Jens, "Revision des EuGVÜ und neues deutsches Schiedsverfahrensrecht vom 7 bis 10.4.1999", *ZZP*, 1/2000, p. 85.
- 34.AGHION, Philippe, voz "Bankruptcy", *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 145.
- 35.AHLT, Michael, *Die Aufrechnung im IPR*, Diss. Regensburg, 1977.
- 36.ALLAN, D. E. / DROBNIG, U. , "Secured Creditors in Commercial Insolvencies. A Comparative Analysis", *RabelsZ*, 1980, p. 615.
- 37.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo 20.7.1992 ", *REDI*, 2/1993, p. 447.
- 38.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo 10.11.1993", *REDI*, 1/1994, P. 388.
- 39.ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. , "Formación, contenido y efectos del laudo arbitral en la Ley española de arbitraje", *RCEA*, 88/1989, p. 95.

- 40.ÁLVAREZ VIGARAY, R. , "El efecto automático de la compensación", *Estudios de Derecho civil en homenaje del profesor Castán Tobeñas*, t. IV, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 39.
- 41.AMORES CONRADI, Miguel Ángel, "Nota a la sentencia de la Audiencia territorial de Oviedo 6.7.1988", *REDI*, 1/1989, p. 289.
- 42.AMORES CONRADI, Miguel Ángel, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, 1/1989, p. 113.
- 43.AMORES CONRADI, Miguel Ángel, "Ejecución de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria – Gasteiz*, 1994, p. 267.
- 44.AMORES CONRADI, Miguel Ángel, "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo 30.4.1990", *REDI*, 1990, p. 608.
- 45.ANCEL, Bertrand, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. proc.* , 27/1991, p. 263.
- 46.ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel de, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Gráficas del Sur, Granada, 1974.
- 47.ANTÓN GUIJARRO, Javier, "La extinción de obligaciones por compensación en el proceso: excepción o reconvención", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, p: 689.
- 48.ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Técnica procesal: proceso de cognición y juicio verbal*, Aguilar, Madrid, 1955.



49. ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, *La prenda de créditos*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.
50. ARENAS GARCÍA, Rafael, "Nota a la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona 15.2.1994", *REDI*, 1995, p. 211.
51. ARROYO MARTÍNEZ, "Bewertung von Gerichtsstandsklauseln in internationalen Verträgen durch spanische Gerichte", *RIW*, 1986, p. 604.
52. ARTUCH IRIBERRI, Elena, "El recurso de anulación del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional (a propósito de la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid 10.12.91)", *RCEA*, 1992, p. 117.
53. ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.
54. AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, Economica, París, 1991.
55. AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, Ed. jurídica de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Santiago, 1958.
56. BACHER, Gabriela, "Zuständigkeit nach EuGVÜ bei Prozeßaufrechnung", *NJW*, 1996, p. 2140.
57. BAENA BAENA, Pedro Jesús, *La compensación en las cuentas bancarias*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
58. BAIRD, Douglas G. , *The Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, Nueva York, 1993.

59. BAKER, Stewart / DAVIS, Mark D. , *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice (The Experience of the Iran – United States Tribunal)* , Kluwer, Deventer / Boston, 1992.
60. BALZ, Manfred, "Logik und Grenzen des Insolvenzrechts", ZIP, 1988, p. 1438.
61. BALZ, Manfred, "Das neue europäische Insolvenzübereinkommen", ZIP, 1996, p. 948.
62. BALZ, Manfred, "Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren", ZEuP, 1996, p. 325.
63. BARONA VILAR, Silvia, "El recurso de anulación del laudo arbitral", RCEA, 1988 – 1989, p. 111.
64. BARTIN, Etienne, *Étude sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1908.
65. BASEDOW, Jürgen, "Das forum conveniens der Reeder im EuGVÜ", IPrax, 1985, p. 133.
66. BATIFFOL, Henri / LAGARDE, Paul, *Droit international privé*, 8<sup>a</sup> ed. , Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.
67. BAUMANN, Hannes, *Aspekte der Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit*, Schulthess, Zurich, 1999.
68. BAUR, Fritz / STÜRNER, Rolf, *Zwangsvollstreckung, konkurs und Vergleichsrecht*, t. II, 12<sup>a</sup> ed. , Heidelberg, 1990.

69. BELTRÁN, Emilio, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
70. BELTRÁN, Emilio, "Ideas básicas de la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal elaborado por el Prof. Ángel Rojo", *La reforma del Derecho concursal y la eficiencia económica*, Colegios de economistas de España, Madrid, 1999, p. 309.
71. BERAUDO, J. M. , "Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968", *J – Cl D. int.* , fascs. 3010, 3023.
72. BER, Alan, "Arbitration: Legal Set-off and Enforcing Admitted Claims", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Mayo 2000, p. 153.
73. BERG, Albert J. van den, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation –* , Kluwer, La Haya, reimpr. 1994.
74. BERGER, Klaus Peter, "Die Regelung der gerichtlichen Anfechtbarkeit internationalen Schiedsprüche in europäischen Schiedsgerichtsgesetzen", *RIW*, 1989, p. 1.
75. BERGER, Klaus Peter, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, 1992.
76. BERGER, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Kluwer, Deventer, 1993.
77. BERGER, Klaus Peter, "Schiedsrichterbestellung in Mehrparteinschiedsverfahren", *RIW*, 1993, p. 850.
78. BERGER, Klaus Peter, *Der Aufrechnungsvertrag*, Mohr, Tubinga, 1996.

79. BERGER, Klaus Peter, *"Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren"*, *RIW*, 6/1998, p. 426.
80. BERGER, Klaus Peter, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, RWS, Colonia, 1998.
81. BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, *El valor de los créditos en el concurso (una aproximación al tratamiento de los créditos en las situaciones concursales)*, tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 2000.
82. BERNARDINI, Piero, *L'arbitrato internazionale*, Giuffrè, Milán, 1987.
83. BIANCA, C. M. / BONELL, Michael J. , *Commentary on the International Sales Law; The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987.
84. BIAVATI, Paolo, *"Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles"*, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 4/1999, p. 1201.
85. BIRK, *"Aufrechnung bei Fremdwährungsforderungen im IPR"*, *AWD*, 1969, p. 12.
86. BLAQUER UBEROS, R. , *"El pago y la compensación de créditos"*, Academia sevillana del notariado, t. IX, Edersa, Madrid, 1995.
87. BOGDAN, Michael, *"Les intérêts des consommateurs face à la nouvelle Convention CE relative aux procédures d'insolvabilité"*, *Revue européenne de droit de la consommation*, 1997, p. 116.
88. BOGDAN, Michael, *"Insolvency Law in the European Union"*, *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, p. 181.

89. BÖCKSTIEGEL, Karl – Heinz, *"Die UNCITRAL – Verfahrensordnung für Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit und das anwendbare nationale Recht"*, RIW, 1982, p. 706.
90. BÖCKSTIEGEL, Karl – Heinz, *"Das UNCITRAL – Gesetz für die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit"*, RIW, 1984, p. 670.
91. BÖCKSTIEGEL, Karl- Heinz, *Praxis der Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit in Europa, Europa – Institut Universität des Saarlandes*, 1997.
92. BÖSCH, Axel, *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*, Berlin / Nueva York, 1994.
93. BONET NAVARRO, José, *La nueva comparecencia en el juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1988.
94. BORN, Gary B. , *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer, Deventer, 1994.
95. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1984.
96. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "La prórroga de la competencia a favor de una parte", *Noticias CEE*, 24/1987, p. 119.
97. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Los criterios de competencia judicial internacional en materia civil contenidos en la LOPJ. Su aproximación al convenio de Bruselas de 27.9.1968", *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, CGPJ, Madrid, 1989, p. 265.

98. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y otros procedimientos análogos", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, cap. XLVII, Madrid, 1986, p. 827.
99. BORRÁS RODRÍGUEZ, ALEGRÍA, "Comentario a la sentencia de 13 de julio de 1995", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, p. 606.
100. BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Derecho internacional y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, 2/1999, P. 383.
101. BOTTICHER, Eduard "Die Selbstexecution im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrecht", *Festschrift Schima*, Manz, Viena, 1969, p. 95.
102. BOULAT, Pierre-Antoine / CHABERT, Pierre-Yves, *Les swaps (technique et régime juridique)*, Masson, París, 1991.
103. BOURGNINAUD, Véronique, *Droit des entreprises en difficulté*, Economica, París, 1992.
104. BRANDES, Frank, *Der gemeinsame Gerichtsstand; die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozeß nach art. 6.1 EuGVÜ / LÜ*, Peter Lang, Frankfurt a. M. , 1998.
105. BRINER, Robert, "Reflections on the Duration of Arbitral Proceedings"; *Festschrift für Otto Sandrock, Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 2000.
106. BROCHES, Aron, "Recourse against the Award; Recognition and Enforcement of the Award", *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Pieter Sanders ed. , Kluwer, 1984.

107. BUCHER, Andreas, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle & Frankfurt a. M. , 1989.
108. BUCHER, Andreas, *Droit international privé suisse: Partie général (conflits de juridictions)*, Helbing & Lichteahn, Bâle, 1998.
109. BUCHER, Andreas, "Les conventions d'élection de for, questions en marge de la loi", *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle y Frankfurt a. M. , 1998.
110. BUDIN, Roger, "La suspension dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 415.
111. BÜHLER, Walter , "Verrechnung und Schiedsvertrag", *RSJ*, 1940, p. 209.
112. BURST, J. J. / KOVAR, R. , "L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes", *Revue de l'arbitrage*, 1979, p. 105.
113. CALVO, Michael A. , "The New ICC Rules of Arbitration", *J. Int'l. Arb.* , 4/1997, p. 41.
114. CALVO CARAVACA, Alfonso L. , "Reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1982, p. 221.
115. CALVO CARAVACA, Alfonso L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

116. CALVO CARAVACA, Alfonso L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. C. , *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1999.
117. CAMPEIS, Giuseppe / DE PAULI, Arrigo, *La procedura civile internazionale*, 2ª ed. , CEDAM, Padua, 1991.
118. CANARIS, Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964.
119. CANARIS, Wilhelm, "Funktionen und Rechtsnatur des Kontokorrents"; *Festschrift Hämmerle*, 1972, p. 55.
120. CANARIS, Wilhelm, "Die Verrechnung beim Kontokorrent", *DB*, 1972, p. 421.
121. CANDELARIO MACÍAS, Isabel, "L'armonizzazione del diritto concorsuale nell'ambito dell'UE", *Dir. Fall.* , 2/1999, p. 372.
122. CANDELARIO MACÍAS, Isabel, "Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999 / C 221 / 06): ¿más de lo mismo?", *Dir. Fall.* , 6/1999, p. 1226.
123. CARRILLO POZO, Luis F. , *La prestación característica*, Bolonia, 1992.
124. CARRILLO POZO, Luis F. , *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
125. CARRILLO SALCEDO, Juan A. , *Derecho internacional privado*, 3ª ed. , Tecnos, 1983.



126. CHESHIRE & NORTH'S *Private International Law*, Butterworth's, Londres/ Edinburgo / Dublin, 1999.
127. COE, Jack J. , *International Commercial Arbitration*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997.
128. COESTER – WALTJEN, Dagmar, "Die Aufrechnung im internationalen Zivilprozeßrecht", *Festschrift Lücke*, Beck's, Munich, 1997.
129. COLLINS, M. "Privacy And Confidentiality in Arbitration", *Arbitration International*, 3/1995, p. 321.
130. CORDÓN MORENO, Faustino, voz "Quiebra (Derecho Procesal)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 5438.
131. CORDÓN MORENO, Faustino, "Estudio preliminar sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000", Aranzadi, Madrid, 2000, p. 15.
132. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil internacional*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
133. CREMADES, Bernardo M. , "Evolución récente du droit espagnol en matiere d'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1988, p. 223.
134. CREMADES, Bernardo M. , "España estrena nueva Ley de arbitraje", *RCEA*, 1988 – 89, p. 9.
135. *Current Issues on Cross – Border Insolvency*, Bruce Leonard, 1994.
136. DAGEFORDE, Carsten, "Aufrechnung und internationale Zuständigkeit", *RIW*, 1990, p. 877.

137. DALBOSCO, Cristina, "*La compensazione per atto unilaterale (la c. d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*", *Rivista di diritto civile*, 1989, p. 375.
138. DAMIÁN MORENO, Juan, *La reconvención en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1993.
139. DANIELE, Luigi, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padua, 1987.
140. DANIELE, Luigi, "*Les problèmes internationaux de la faillite: heurs et malheurs du projet de convention communautaire*", *Cahiers dr. eur.*, 1987, p. 512.
141. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Compensación y proceso civil de declaración", *La Ley*, 1982, p. 919.
142. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil*, t. II, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
143. DELAUME, Georges R., "*Transnational Commercial Arbitration*", *Digest of Commercial Laws of the World*, L. Nelson, 1980.
144. DELAUME, Georges R., *Transnational Contracts*, Oceana, Dobbs Ferry, Nueva York, 1992.
145. DELIERNEUX, Martine, "*Rapport de synthèse et conclusions générales*", *Revue de la Banque*, 1994, p. 174.

146. DERAÏNS, Y. / LALIVE, P. , *"Possible Conflict of Law Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute"*, *UNCITRAL's Project for a Model law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, Deventer, 1984, p. 169.
147. DERAÏNS, Y. / SCHWARTZ, E. A. , *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, La Haya, 1998, p. 478.
148. DERHAM, Rory, *Set – off*, 2<sup>a</sup> ed. , Clarendon Press, Oxford, 1996.
149. DERRUPÉE, Jean, *Droit international privé*, 13<sup>a</sup> ed. , Dalloz, Paris, 1999.
150. DICEY & MORRIS *on the Conflict of Laws*, Stevens, Londres, 2000.
151. DIDIER, Paul, *"La problématique du droit de la faillite internationale"*, *Revue de droit des affaires internationales*, 3/1989, p. 201.
152. DIDIER, Paul, *Droit comercial. L'entreprise en difficulté*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
153. DÍEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1996.
154. DÍEZ – PICAZO JIMÉNEZ, Gema, *"Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal"*, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 645/1998, p. 393.
155. DÖLLE, Hans, *"Die Kompensation im internationalen Privatrecht"*, *RheinZ*, 13/1924, p. 32.

156. DULLINGER, Silvia, *Handbuch der Aufrechnung*, Springer, Viena, 1995.
157. DUTOIT, Bernard, *"European Conflict of Laws: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts"*, *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, Nijungen, 1998, p. 39.
158. EICKHOFF, Wolfgang, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
159. EISEMAN, F. *"Le phénomène de l'arbitrage, son utilité, ses avantages et son rôle"*, *Rev. dr. int. priv. comp.*, 1976, p. 106.
160. ESPINAR VICENTE, José M. , *Derecho procesal civil internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993.
161. ESPINOSA CALABUIG, Rocío, *"La Guía Jurídica de la CNUDMI sobre el countertrade o comercio compensatorio"*, *REDI*, 2/1994, p. 940.
162. ESPLUGUES MOTA, Carlos A. , *International Commercial Arbitration v. Transnational Commercial Arbitration: an Approach*, LLM Thesis, Harvard Law School, 1985.
163. ESPLUGUES MOTA, Carlos A. , *"Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley española de arbitraje relativo a la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros"*, *RCEA*, 1988 – 89, p. 143.
164. ESPLUGUES MOTA, Carlos A. , *La quiebra internacional*, Bosch, Barcelona, 1993.

165. ESPLUGUES MOTA, Carlos A. , "La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", *Cuadernos de Derecho y comercio*, 27/1998, p. 49.
166. ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, "Nota a la sentencia de la Audiencia provincial de Málaga 21.5.1994", *REDI*, 1/1996, p. 287.
167. EUJEN, Heiko, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England*, Alfred Metzner, Frankfurt a. M. , 1975.
168. FASCHING, Hans W. , *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, Manz, Viena, 2000.
169. FERID, Murad, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed. , Frankfurt a. M. , 1986.
170. FERNÁNDEZ ROZAS, José C. , "El largo camino hacia la ley 36/1988 de arbitraje", *RCEA*, 1988 – 1989, p. 29.
171. FERNÁNDEZ ROZAS, José C. , "La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras", *RCEA*, 1991, p. 9.
172. FERNÁNDEZ ROZAS, José C. / SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1999.
173. FERRARA, Francesco / BORGIOLI, Alessandro, *Il fallimento*, 5ª ed. , Giuffrè, Milán, 1995.

174. FERRER CORREIA, A. , *Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Libreria Almedina, Coimbra, 1989.
175. FERRER CORREIA, A. , *Direito internacional privado. Alguns problemas*, 5ª reimpresión, Coimbra, 1997.
176. FÍNEZ, José M. , "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 19.4.1997", CCJC, 45/1997, p. 933.
177. FLESSNER, Axel, "*Internationales Insolvenzrecht in Europa*", *Festschrift Heinsius*, Walter de Gruyter, Berlín/ Nueva York, 1991, p. 111.
178. FLESSNER, Axel, "*Das künftige Internationale Insolvenzrecht im Verhältnis zum Europäischen Insolvenzübereinkommen (Anwendbares Recht, Rechtweite der Anerkennung, Insolvenzplan und Schuldbefreiung)*", en STOLL, Hans, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU – Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, Mohr, Tübinga, 1997, p. 220.
179. FLETCHER, Ian F. , "*Report for the United Kingdom (England & Wales)*", *Cross – Border Insolvency*, Fletcher ed. , 1992, p. 217.
180. FLETCHER, Ian F. , *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996.
181. FLETCHER, Ian F. , *Insolvency in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
182. FOSCHINI, Marcello, *La compensazione nell fallimento*, Morano, Macerata, 1965.

183. FOUCHARD, Philippe, "Nota a la sentencia de la *Cour de Cassation* (Francia) 1.12.1999", *Revue de l'arbitrage*, 1/2000, p. 98.
184. FUENTES CAMACHO, Víctor, "Nota a la sentencia del Tribunal Supremo 22.11.1986", *RCEA*, 1987, p. 180.
185. FUENTES CAMACHO, Víctor, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Eurolex, Madrid, 1997.
186. GAA, Thomas M. , "Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is it Necessary? Is it Possible?", *Int'l. Lawy.* , 1993, p. 881.
187. GÄBEL, Johannes K. , *Neuere Probleme zur Aufrechnung im IPr*, Florentz, Diss. Munich, 1983.
188. GAILLARD, Emmanuel, "L'affaire *SOFIDIF* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris de 19 décembre 1986)", *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 275.
189. GALÁN LÓPEZ, Carmen, *La compensación en los procedimientos concursales*, Tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, Curso 1988 – 1989.
190. GARAU SOBRINO, Federico, "Los foros por vinculación procesal del art. 6 del Convenio de Bruselas. Anotaciones tras la firma del Convenio de adhesión de 1996", *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás ed. , Marcial Pons, Madrid, 1998.

191. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *"The First Application of the EEC Judgments Convention by the Spanish Tribunal Supremo"*, *IPrax*, 1993, p. 426.
192. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *"¿Caben reducciones teleológicas o abuso de Derecho en las reglas de competencia judicial internacional?"*, *REDI*, 2/1995, p. 121.
193. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw – Hill, Madrid, 1996.
194. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *"Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del Derecho"*, *REDI*, 2/1998, p. 93.
195. GARRIDO, José M. , *"El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra"*, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, p. 3575.
196. GARRIDO, José M. , *"La reforma del Derecho concursal español. Reflexiones en torno a la "Propuesta de anteproyecto de ley concursal" del Prof. Ángel Rojo"*, *RDBB*, 64/1996, p. 889.
197. GARRIDO, José M. , *Preferenza e proporcionalita nella tutela del credito*, Milán, 1998.
198. GARRIDO, José M. , *Garantías reales, privilegios y par condicio (un ensayo de análisis funcional)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
199. GARRIDO, José M<sup>a</sup>, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000.



200. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Madrid, 1980.
201. GARRO, Alejandro M. , "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America", *Am. Rev. Int'l Arb.* , 1/1990, p. 201.
202. GAUDEMET – TALLON, Helène, "Le nouveau droit international privé des contrats (Commentaire de la convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Rev. trim. dr. europ.* , 17/1981, p. 269.
203. GAUDEMET – TALLON, Helène, "Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24.6.1986", *Rev. crit. dr. internat. priv.* , 1987, p. 140.
204. GAUDEMET – TALLON, Helène, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, 2ª ed. , Montchrestien, 1996.
205. GAUS, Werner, "Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in internationalen kaufmännischen Verträgen", *WiB*, 14/1995, p. 606.
206. GEBAUER, Martin, "Internationale Zuständigkeit und Prozeßaufrechnung", *IPrax*, 2/1998, p. 79.
207. GEBAUER, Martin, "Die Aufrechnung nach italienischem Recht vor deutschem Gerichten – prozessuale und materiellrechtliche Probleme – ", *Jahrbuch für italienisches Recht*, Neumann Druck, Heidelberg, 12/1999, p. 31.

208. GEIMER, Reinhold, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán 20.12.1972", *NJW*, 1973, p. 951.
209. GEIMER, Reinhold / SCHÜTZE, Rolf A. , *Internationale Urteilsanerkennung*, t. 1, vol. 1, Beck's, Munich, 1983.
210. GEIMER, Reinhold, "*EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit – Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit -*", *IPrax*, 1986, p. 210.
211. GEIMER, Reinhold, "*Zur internationalen Perspektive des Prozeßaufrechnung: Die internationale Zuständigkeit Deutschlands für die Aufrechnungsforderung als Voraussetzung für die Beachtung der Aufrechnung im deutschen Prozeß*", *IPrax*, 1994, p. 82.
212. GEIMER, Reinhold, "*Zuständigkeit nach EuGVÜ bei Prozeßaufrechnung*", *EuZW*, 18/1995, p. 641.
213. GEIMER, Reinhold, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 3ª ed. , Otto Schmidt, Colonia, 1997.
214. GEIMER, Reinhold / SCHÜTZE, Rolf A. , *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Beck's, Munich, 1997.
215. GETE – ALONSO Y CALERA, Mª Carmen, voz "compensación (Derecho civil)", *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 1164.
216. GIARDINA, Andrea, "*L'arbitrato internazionale*", *Riv. dell'Arb.* , 1992, p. 21.

217. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 28.11.1989", *CCJC*, 22/1990, p. 570.
218. GIRSBERGER, Daniel, *Verjährung und Verwirkung im internationalen Obligationenrecht*, Schulthess, Zurich, 1989.
219. GIULIANO, Enrico, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milán, 1955.
220. GIULIANO, Mario, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milán, 1943.
221. GIULIANO, Mario, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1970.
222. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979, p. 276.
223. GÓMEZ JENE, Miguel, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000.
224. GÓMEZ JORDANA, Iñigo, "La Directiva 96 / 10 / CE, de 21 de marzo, que modifica la Directiva 289 / 647 / CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades competentes de la compensación contractual", *RDBB*, 63/1996, p. 651.
225. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. , "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español", *ADI*, nº II, 1975, p. 3.

226. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. , "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, vol. IV, 1977 – 1978, p. 89.
227. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. / RECONDO PORRÚA, Rodrigo, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1979.
228. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. , "Aspectos internacionales de la situación concursal", *La reforma del Derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, p. 329.
229. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. , "Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero (observaciones sobre el Título IX del Anteproyecto de ley concursal)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 8, p. 211.
230. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. , "Nota a la sentencia del tribunal Supremo de 18.6.1990", *REDI*, 1/1991, p. 190.
231. GONZÁLEZ PALOMINO, José, "La compensación y su efecto" (conferencia desarrollada el 8.4.1947), 1947.
232. GONZÁLEZ PALOMINO, José, "La compensación y su efecto", *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, II, Pamplona, 1964, p. 121.
233. GOODE, Royston. M. , *Legal Problems of Credit and Security*, 3ª ed. , Sweet & Maxwell, Londres, 1995.

234. GOODE, R. , *Commercial Law*, 2ª ed. , Butterworths, Londres / Edinburgo / Dublín, 1995.
235. GOODE, Royston M. , "Recensión al libro de WOOD, *English and International Set-off*", *JBL*, 1989, p. 358.
236. GOTTWALD, Peter, "Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift Firsching*, Beck's, Munich, 1985, p. 89.
237. GOTTWALD, Peter, "Die Prozeßaufrechnung im europäischen Zivilprozeßrecht", *IPrax*, 1/1986, p. 10.
238. GOTTWALD, Peter, *Insolvenzrechtshandbuch*, Beck's, Munich, 1990.
239. GOTTWALD, Peter, en *Münchener Kommentar ZPO*, Beck's, Munich, 1992.
240. GOTTWALD, Peter, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift Henckel*, Walter de Gruyter, Berlín, 1995, p. 295.
241. GOTTWALD, Peter, "Le insolvenze trans-frontaliere: Tendenze e soluzione europee e mondiale", *Riv. trim. dir. proc. civ.* , 1999, p. 149.
242. GRAF, Werner, *Die Verrechnung im internationalen Privatrecht*, Diss. Zurich, 1951.
243. GRANTHAM, R. B. , "The Impact of Security Interest on Set-off", *JBL*, 1989, p. 377.

244. GROSS, Domenic, *Das rechtliche Schicksal von Verrechnungsansprüche im Schiedsverfahren*, Schulthess, Zurich, 1999.
245. GUHL, Theo, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess, Zurich, 2000.
246. GUZMÁN, Andrew T. , "International Bankruptcy: in Defense of Universalism", *Michigan Law Review*, 98/2000, p. 2177.
247. GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup> Rosa, *La reconversión en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 1993.
248. HABSCHEID, Walther J. , "Aus der höchrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit", *KTS*, 1957, p. 163.
249. HABSCHEID, Walther J. , "Über die Rechtsfolgen der fehlschlagenen Prozeßaufrechnung", *ZZP*, 76/1963, p. 371.
250. HABSCHEID, Walther J. , *Droit judiciaire privé suisse*, Georg, Ginebra, 1981.
251. HABSCHEID, Walther J. , "Aus der höchrichterlichen Rechtsprechung der Schiedsgerichtsbarkeit", *KTS*, 1984, p. 56.
252. HABSCHEID, Walther J. , "Zur Aufrechnung (Verrechnung) gegen eine Forderung mit englischem Schuldstatut im Zivilprozess. Eine deutsch-schweizerische rechtsvergleichende Skizze", *Festschrift Neumayer*, Nomos, Baden – Baden, 1985, p. 263.
253. HABSCHEID, Walther J. , *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2<sup>a</sup> ed. , Bâle, 1990.

254. HABSCHEID, Walther J. , "Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit", JZ, 1998, p. 445.
255. *Halsbury's Laws of England*, voz "Set-off", 4<sup>a</sup> ed. , vol. 42, 1983.
256. HANISCH, Hans, "*Internationalprivatrechtliche Probleme des insolvenzrechtlichen Konkordats*", Liber amicorum F. Schnitzer, Ginebra, 1979, p. 223.
257. HANISCH, Hans, "*Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht*", ZIP, 1985, p. 1233.
258. HANISCH, Hans, "*Report for Germany*", *Cross – Border Insolvency*, I. F. Fletcher ed. , 1992, p. 104.
259. HANOTIAV, Bernard, "*La pratique de l'arbitrage international en matière bancaire*", *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Bruselas, 1995.
260. HAPGOOD, Mark, "*The Law of Set – off in England*", *Sovereign Lending: Managing Legal Risks*, Michael Gruson & Ralph Reisner, Euromoney, Londres, 1984.
261. HAU, Wolfgang, "*Anerkennungsrechtliche Aspekte der Prozeßaufrechnung*", *IPrax*, 6/1999, p. 437.
262. HAY, Peter, *Internationales Privatrecht*, Beck's, Munich, 1999.

263. HEIERMANN, Wolfgang, *"Die Kompetenz – Kompetenz der Schiedsgerichte und die Einrede des Schiedsvertrag"*, Festschrift Glossner, *Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 1994.
264. HENCKEL, "Comentario a la sentencia del *Bundesgerichtshof* 22.11.1962", *JZ*, 1963, p. 681.
265. HENN, Günter, *"Aufrechnung gegen Fremdwährungsforderungen"*, *MDR*, 1956, p. 584.
266. HENN, Günter, *Schiedsverfahrensrecht (Handbuch für die Praxis)*, 3<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 2000.
267. HERCHEN, Axel, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union von 23.11.1995 (Eine Analyse zentraler Fragen des internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte)*, Ergon, Würzburg, Diss., 1999.
268. HEß, Burkhard, *"Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren – "*, *NJW*, 1/2000, p. 23.
269. HEß, Burkhard, *"Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen vor dem aus?"*, *IPrax*, 4/2000, p. 342.
270. HOCHBAUM, Johann – Friedrich, *Mißglückte internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, *Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 1995.



271. HOFFMAN, John E. / CARROLL, Brigid, *"Set – off by US Lender Banks against off – shore Deposits", Sovereign Lending: Managing Legal Risks*, Michael Gruson & Ralph Reisner, Euromoney, Londres, 1984.
272. HOLTZMANN, Howard M. , *"The Conduct of Arbitral Proceedings", UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Pieter Sanders ed. , Kluwer, Deventer, 1984.
273. HOLZER, *"Die Aufrechnung im neuen Insolvenzrecht"*, DStR, 1998, p. 1268.
274. HOLZHAMMER, Richard, *Österreichisches Insolvenzrecht, Konkurs und Ausgleich*, 5ª ed. , Springer, Viena / Nueva York, 1996.
275. HUET, André, *"Comentario a la sentencia Danvaern"*, *Journal du droit international*, 1996, p. 561.
276. HULEATT – JAMES, Mark / GOULD, Nicholas, *International Commercial Arbitration*, LLP, Londres/ Nueva York/ Hong-kong, 1996.
277. IGLESIAS, Juan L. / MASSAGUER, José, *"Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de netting"*, RDM, 231/1999, p. 127.
278. IGLESIAS BUHÍGUES, Juan L. , *"Ley aplicable y efectos de la quiebra en el mercado común (Proyecto de convenio CEE)"*, RIE, 1977, p. 367.
279. IGLESIAS BUHÍGUES, Juan L. / DESANTES REAL, Manuel, *"Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio de Bruselas de 1968 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985"*, Las

*relaciones de vecindad. IX Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y de relaciones internacionales, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, p. 453.*

280. IGLESIAS BUHÍGUES, Juan L. / MASSAGUER, José, "Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual p acuerdos de *netting*", *RDM*, 1999, p. 127.
281. "Il fallimento nella sua regolamentazione europea", *Dir. Fall.* , 2/2000, p. 333.
282. ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores", *La reforma del Derecho concursal, Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Colegio Oficial de Corredores de Comercio, Monográfico, 1997, p. 11.
283. JACKSON, Thomas H. , *The Logic and Limits of Bankruptcy*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts / Londres, 1986.
284. JACKSON, Thomas H. / SCOTT, Robert E. , "On the Nature of Bankruptcy: an Essay on Bankruptcy sharing and the Creditors Bargain", *Virginia Law Review*, 75/1989, p. 155.
285. JACQUEMONT, André, *Manuel de droit des procédures collectives*, Litec, París, 1990.
286. JAMES, Simon, *The Law of Derivatives*, LLP, Londres/ Hong – Kong, 1999.

287. JAYME, Erik / KOHLER, Christian, *"Europäisches Kollisionsrecht 1995 – Der Dialog der Quellen"*, *IPrax*, 1995, p. 349.
288. JAYME, Erik / KOHLER, Christian, *"Europäisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendsstunde der Staatsverträge"*, *IPrax*, 6/1999, p. 401.
289. JAYME, Erik / KOHLER, Christian, *"Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?"*, *IPrax*, 6/2000, p. 454.
290. JOLIDON, P. , *Commentaire du Concordat suisse de l'arbitrage*, Berna, 1984.
291. JIMÉNEZ MANCHA, Juan C. , *La compensación de créditos*, Edersa, Madrid, 1999.
292. JIMÉNEZ MANCHA, Juan C. , "Tres sentencias sobre compensación de créditos", *Revista de Derecho Privado*, febrero 1999, p. 138.
293. KAHN – FREUND, Otto, *"Jurisdiction agreements: some reflections"*, *ICLQ*, 26/1977, p. 825.
294. KANNENGIESSER, Matthias N. , *Die Aufrechnung im internationalen Verfahrensrecht*, Mohr, Tübingen, 1998.
295. KARRER, Pierre A. , "Arbitration Saves! Costs: Poker and Hide – and – Seek", *J. Int'l Arb.* , 3/1986, p. 35.
296. KARRER, Pierre A. , "Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten. Von falschen und wahren Freunde", *Festschrift für Otto Sandrock, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 2000, p. 465.

297. KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993.
298. KAUFMANN – KOHLER, Gabrielle, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle y Frankfurt a. M. , 1980.
299. KAYE, Peter, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Proffesional Books, Abingdon, 1987.
300. KAYE, Peter, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Bartmouth, Aldershot / Singapore / Sydney, 1993.
301. KAYE, Peter, *European Case Law on the Judgments Convention*, John Wiley & Sons Ltd, Chichester, 1998.
302. KAYSER, Nicki, "A Study of the European Convention on Insolvency Proceedings", *Ann. Dr. Lux.* , 1997, p. 237.
303. KEGEL, Gerhard, *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität*, Walter de Gruyter, Berlin / Leipzig, 1938.
304. KEGEL, Gerhard, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht*, Westdeutscher Verlag, Colonia/ Opladen, 1962.
305. KEGEL, Gerhard, "The Conflict-of-Laws Machine – Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR", *IPrax*, 5/1996, p. 309.

306. KEGEL, Gerhard / SCHURIG, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 8<sup>a</sup> ed. , Beck's, Munich, 2000.
307. KELLER / GIRSBERGER , *Comentario a la ley suiza de Derecho internacional Privado*, Schulthess, Zurich, 1993.
308. KERR, Michael, "*International Arbitration v. Litigation*", JBL, 1980, p. 164.
309. KEUTGEN, Guy, "*Conclusions Générales*", *Les modes non-judiciaires de règlements de conflits*, Bruylant, Bruselas, 1995.
310. KEUTGEN, Guy, "*The new CEPANI Rules*", J. Int' l Arb. , 3/2000, p. 151.
311. KILGER, Joachim / SCHMIDT, Karsten, *Konkursordnung*, 16<sup>a</sup> ed. , Munich, 1993.
312. KILLIAS, Laurent, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano – Übereinkommen*, Schulthess, Zurich, 1993.
313. KIM, Yong Jin, *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen*, 1995.
314. KINDLER, Peter, "*Sachmängelhaftung, Aufrechnung und Zinssatzbemessung: Typische Fragen des UN – Kaufrechts in der gerichtlichen Praxis*", IPrax, 1996, p. 16.
315. KIRCHHOF, Paul, "*Grenzüberschreitende Insolvenzen in europäischen Binnenmarkt ins besondere unter Beteiligung von Kreditinstituten*", WM, 1993, p. 1364.

316. KNOF, Manfred, *Tatsachenfeststellung in Streitigkeiten des internationalen Wirtschaftsverkehrs*, Carl Heymanns, Colonia / Berlin / Bonn / Munich, 1995.
317. KOHLER, Christian, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", *IPrax*, 1983, p. 265.
318. KOHLER, Christian, "Pathologisches im EuGVÜ: Hinkende Gerichtsstandsvereinbarungen nach art. 17 Abs. 3", *IPrax*, 6/1986, p. 340.
319. KOHLER, Christian, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, p. 1.
320. KRÖLL, Stefan, "Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund Handelsbrauch im Rahmen des GVÜ", *ZZP*, 2/2000, p. 135.
321. KRONKE, Herbert, "Comentario a la sentencia del Oberlandesgericht Stuttgart 21.8.1995", *IPrax*, 1996, p. 139.
322. KRONKE, Herbert, "Internationale Schiedsverfahren nach der Reform", *RIW*, p. 257.
323. KROPHOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Mohr, Tübingen, 1997.
324. KROPHOLLER, Jan, *Europäisches Zivilprozeßrecht, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 1998.
325. LACHMANN, Jens-Peter, "Schiedsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Wirtschaft", *AnwBl*, 1999, p. 241.

326. LAGARDE, Paul, "Comentario a la sentencia de la Cour de Cassation 12.7.1982", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, p. 659.
327. LALIVE, Pierre A., *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, *R. des C.*, 1967 – I, p. 266.
328. LALIVE, Pierre A., "Problèmes spécifiques de l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 341.
329. LALIVE D'ÉPINAY, Pierre, "Introducción", *Les modes non judiciaires de Règlement des Conflits*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
330. LANDO, Ole, "Contracts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Mohr / Mouton, Tubinga / La Haya / París, 1976.
331. LANDO, Ole / VÉALE, Hugh, *The principles of European Contract Law*, p. I, Kluwer, La Haya, 1995.
332. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
333. LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlín / Heidelberg / Nueva York, 1995.
334. LAZIC, Vesna, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Kluwer / TMC Asser Instituut, 1998.

335. LEHMKUHL, Dirk, *"Commercial Arbitration – A case of Private Transnational Self – Governance?"*, Max – Planck – Projektgruppe, Bonn, Enero 2000.
336. LEIPOLD, Dieter, "Comentario a la sentencia Danvaern", ZZP, 197/1993, p. 225.
337. LEWALD, Hans, *Das deutsche Internationale Privatrecht*, Bernhard Tauschnitz, Leipzig, 1931.
338. LEWALD, Hans, *"Renvoi revisited"*, Festschrift für Fritzsche, Polygr. Verl. , Zurich, 1952, p. 165.
339. LINKE, Hartmut, *Internationales Zivilprozeßrecht*, t. 8, Carl Heymanns, Colonia / Berlin / Bonn / Munich, 1995.
340. LIONNET, Klaus, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Boorberg, Stuttgart/ Munich/ Hannover/ Berlin/ Weimar/ Dresde, 1996.
341. LIONNET, Klaus, *"The Arbitrator's Contract"*, Arb. Int. , 1999, p. 161.
342. LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Barcelona, Bosch, 1994.
343. LOPUCKI, Lynn M. , *"The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy"*, Michigan Law Review, 98/2000, p. 2216.
344. LORCA NAVARRETE, Antonio M<sup>a</sup>, *Bases para un estudio sobre la competencia territorial en el proceso civil*, Universidad del País Vasco, 1986.



345. LOUSSOURAN, Yvon / BOUREL, Pierre, *Droit international privé*, 6<sup>a</sup> ed. , Dalloz, Paris, 1999.
346. LÜDERITZ, Alexander, *Internationales Privatrecht*, 2<sup>a</sup> ed. , Metzner / Luchterhand, 1992.
347. LÜKE, Gerhard, "*Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit*", *Festschrift 150 Jahre LG Saarbrücken*, Carl Heymanns, Colonia / Berlin / Bonn / Munich, 1985, p. 297.
348. MAIER, Hans-Jacob, *Handbuch des Schiedsgerichtsbarkeit*, Herne, Berlin, 1979.
349. MALATESTA, Alberto, *La cessione del credito nel diritto internazionale privato*, CEDAM, Padua, 1996.
350. MÄNHART, Franz, *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht: eine Einführung in die internationalen Dimensionen des Privatrechts*, Springer, Viena, 1999.
351. MANKOWSKI, Peter, "Comentario a la sentencia Danvaern", *ZZP*, 1996, p. 394.
352. MANSEL, Heinz-Peter, "*Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluß der Streitverkündung durch Prozeßvertrag*", *ZZP*, 109/1996, p. 61.
353. MARCOS GONZÁLEZ, María, "Algunos aspectos internacionales del procedimiento de quiebra. Derecho vigente y proyectos de reforma", *RGD*, 643/1998, p. 4203.

354. MARCHANDISE, Philippe / BUYLE, Jean P. , "Avant – propos", *Les modes non judiciaire de Règlement des conflits*, Bruylant, Bruselas, 1995.
355. MARÍN LÓPEZ, Antonio, "La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: Ley 36/1988, de 5 de diciembre", *La Ley*, 2/1989, p. 1020.
356. MÁRQUEZ ROMERO, Pedro, *La reconvencción*, Comares, Granada, 1994.
357. MARTÍN OSANTE, Luis C. , "Comentario a la STS 13.11.1999", *CCJC*, 53/2000, p. 523.
358. MARTINY, Dieter, "Art. 32 EGBGB", *Münchener Kommentar*, 2ª ed. , Munich, 1990.
359. MASCARENAS, Carlos E. (dir. ), voz "compensación", *Nueva enciclopedia jurídica*, T. IV, Seix, Barcelona, 1952, p. 480.
360. MATSCHER, Franz, "Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht", *Juristische Blätter*, 1975, p. 411.
361. MAYER, Pierre, *Droit international privé*, 6ª ed. , Montchrestien, Paris, 1998, p. 585.
362. McCLELLAN, Anthony, "Choice of Jurisdiction Clauses under the EEC Judgments Convention", *JBL*, 1984, p. 445.
363. McCracken, Sheelagh, *The Banker's Remedy of Set – off*, 2ª ed. , Butterworths, Londres, 1998.

364. MEIER, Isaak, *Internationales Zivilprozeßrecht*, Schulthess, Zurich, 1994.
365. MELICHAR, "Die Geltendmachung von Gegenforderungen im österreichischen Zivilprozeß- und Exekutionsrecht", *JBL*, 1946, p. 49.
366. MENDREGIS, R. , "Compensation", *Enc. Dalloz Droit Civil*, Paris.
367. MERINO MERCHÁN, José F. / CHILLÓN MEDINA, José M<sup>a</sup>, "La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *RCEA*, 1988 – 1989, p. 235.
368. MERLÍN, Elena, "Riconvenzione e compensazione al vaglio de la corte di giustizia (una nozione comunitaria de "eccezione"?)", *Rivista di Diritto processuale*, 1/1999, p. 52.
369. MEZGER, Ernst , "Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit", *RabelsZ*, 1965, p. 231.
370. MEZGER, Ernst , "Die Ausschließkeit des gewählten Gerichtsstands (art. 17 EuGVÜ) aus französischer Sicht", *IPrax*, 6/1984, p. 331.
371. MEYER – COLLINGS, "Aufrechnung und Internationales Privatrecht", *ZakDR*, 1942, p. 235.
372. MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel A. , "El art. 6. 3 del Convenio de Bruselas", *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás, ed. , Marcial Pons, Madrid, 1998.

373. MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel A. , "Sobre la interpretación del art. 6. 3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", *REDI*, 2/1997, p. 47.
374. MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel A. , *Embargo internacional de créditos*, Universidad de Vigo, 1999.
375. MIGUEL SANCHA, Carolina, *La compensación convencional*, Bosch, Barcelona, 1999.
376. MOATTI, Laurence, *Les échanges compensés internationaux*, Pedone, París, 1994.
377. MÖRNER, Anna, "Swaps and Netting: Some Recent Developments", *Studies in International Financial and Economic Law*, Núm. 8, 1997.
378. MOLLER, Hans, "Schiedsverfahrensnovelle und Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2/2000, p. 57.
379. MONROY CABRA, Marco G. , *Arbitraje comercial nacional o internacional*, 2ª ed. , Legis, Bogotá, 1998.
380. MORENO MOCHOLI, "Reconvención y compensación", *RDP*, 1951, p. 497.
381. MOREAU, Michel, "Report for France", *Cross – Border Insolvency*, I. F. Fletcher ed. , 1992, p. 95.
382. MOSCONI, Franco, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Utet, 1997.

383. MÖRNER, Anna, *"Swaps and Netting: Some Recent Developments"*, *Studies in International Financial and Economic Law*, Núm. 8, 1997.
384. MÜLLER, Franz, *Probleme der Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen*, Göttingen, 1981.
385. MULLERAT, Ramón, "La anulación del laudo arbitral", *RCEA*, 1995, p. 113.
386. MUÑOZ SABATE, L. , "Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho", *La Ley*, 4/1990, p. 982.
387. NAGEL, Heinrich / GOTTWALD, Peter, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4ª ed. , Aschendorff, Münster, 1997.
388. NAPPI, Pasquale, "La domanda proposta in via riconvenzionale", *Riv. trim. dir. proc. civ.* , 3/1989, p. 751.
389. NAVAS NAVARRO, Susana, *Compensación, Depósito y Comodato*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
390. NDOKO, Nicole – Claire, "Les mystères de la compensation", *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, p. 661.
391. NEATE, Francis W. , "Set – off", *Int. Bus. L.* , 1981, p. 247.
392. NEATE, Francis W. , *Using Set – off as a Security*, Graham & Trotman / International Bar Association, Londres/ Dordrecht/ Boston, 1990.
393. NEILL, P. , "Confidentiality in Arbitration", *Arb. Int.* , 3/1996, p. 287.

394. NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPRs*, Berlin / Tubinga, 1962.
395. NUSSBAUM, Arthur, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Mohr, Tubinga, 1932.
396. OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de Comercio", *ADC*, nº 11, p. 805.
397. OLIVER, Geoffrey D. , "Future Interpretations of article 17 of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in the European Communities", *Cornell Law Review*, 70/1084 – 1985 , p. 289.
398. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cesión de créditos", *ADC*, 41/1988, p. 1033.
399. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Notas sobre la nueva Ley de arbitraje", *La Ley. Legislación*, 10/1989, p. 49.
400. PANZANI, Luciano, "Compensazione e fallimento: esigibilità del credito e obbligazione risitutorie in caso di Scioglimento del contratto pendente", *Il Fallim.* , 5/2000, p. 537.
401. PARDOEL, Dorothée, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1997.
402. PARK, William, *International Forum Selection*, Kluwer, La Haya, 1995.
403. PASSAMANO, Russell J. , "Set – off in Bankruptcy: An Overview over the Mechanics", *The Banking Law Journal*, vol. 105, 1988, p. 349.

404. PASTOR RIDRUEJO, J. A. , *La faillite en droit international privé*, R. des C. , t. 133, 1971, p. 148.
405. PAULSSON, Jan, *"International Commercial Arbitrations"*, Handbook of Arbitration Powers, Sweet & Maxwell, Londres, 1998.
406. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dirigido por A. MENÉNDEZ, Civitas, Madrid, 1986.
407. PECOURT GARCÍA, Enrique , "La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional", *REDI*, 1/1964, p. 60.
408. PELAEZ DEL ROSAL, Manuel, *La competencia territorial en el proceso civil*, Ariel, Barcelona, 1974.
409. PELLONPÄÄ, Matti / CARON, David, *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Finnish Lawyer's Publishing, 1994.
410. PERASSI, Marino, "I sistema di pagamento internazionali" , *Banca, borsa e titoli di credito*, 4/2000, p. 482.
411. PFAFF, Dieter, *Widerklagezuständigkeit bei prorogationswidriger Klageerhebung*, *ZZP*, 96/1983, p. 334.
412. PFEIFFER, Thomas, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Vittorio Kolstermann, Frankfurt a. M. , 1995.

413. PFEIFFER, Thomas, "Halbseitig fakultative Gerichtsstandsvereinbarungen in stillschweigend vereinbarten AGB?", *IPrax*, 1998, p. 17.
414. PIEKENBROCK, Andreas, "Internationale (Prozess-) Aufrechnung – Beklagter kann stets den Vermögensgerichtsstand geltend machen", *RIW*, 10/2000, p. 751.
415. PLENDER, Richard, *The European Contracts Convention (The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts)*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991.
416. POLAINO ORTEGA, Lorenzo, *Estudios de Derecho Procesal*, Sevilla, 1967.
417. POTTHAST, Klaus – Peter, *Probleme eines Europäischen Konkursübereinkommens*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1995.
418. POUDRET, Jean F., "Compensation et arbitrage", *Le Droit en action*, Lausana, 1996.
419. *Practitioner's Guide to Cross – Border Insolvencies*, Oceana, 2000.
420. PRIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.
421. PROTO, Vincenzo, "Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano", *III fallim.*, 7/2000, p. 709.
422. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol II Barcelona.



423. PULGAR, Juana, *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994.
424. QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, "Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, p. 657.
425. RAAPE, Leo / STURM, Fritz, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed. , Franz Vahlen, Munich, 1977.
426. RAMBERG, Jan, *International Commercial Transactions*, 2ª ed. , Kluwer / Norstedts Juridik AB / ICC, Estocolmo, 2000.
427. RAMÍREZ, José A. , *La quiebra*, t. II, Bosch, Barcelona, 1959.
428. RAMÍREZ, José A. , *La quiebra*, t. III, 2ª ed. , Bosch, Barcelona, 1998.
429. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, t. I y II, Bosch, Barcelona, 1992.
430. RASMUSSEN, Robert K. , *Resolving Transnational Insolvencies through Private Ordering*, *Michigan Law Review*, 98/2000, p. 2252.
431. RAUSCHER, Thomas, "Zuständigkeitvereinbarung und rügelose Einlassung nach den EuGVÜ", *RIW*, 1985, p. 888.
432. RAUSCHER, Thomas, *Internationales Privatrecht*, Müller, Heidelberg, 1999.

433. RECHBERGER, Water H. / SIMOTTA, Daphne – Ariane, *Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrecht*, Manz, Viena, 2000.
434. REINER, Andreas, "Aufrechnung trotz (Fehlens einer Schiedsvereinbarung) nach österreichischen Recht", *Festschrift für Hempel*, Manz, Viena, 1997, p. 119.
435. REISER, Hans, *Gerichtsstandsvereinbarung nach IPR – Gesetz und Lugano – Übereinkommen*, Schulthess, Zurich, 1995.
436. REITHMANN, Christoph / MARTINY, Dieter, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed. , Otto Schmidt, Colonia, 1996.
437. REMIRO BROTONS, Antonio, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los convenios arbitrales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980.
438. REMIRO BROTONS, Antonio, "La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *R. des C.* , 1984 – I, p. 169.
439. ROBERT, J. / MOREAU, B. , *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 6ª ed. , Dalloz, Paris, 1993.
440. ROCA MARTÍNEZ, José M. , *Arbitraje e Instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992.
441. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "España en el espacio único judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?", *REDI*, 2/1994, p. 587.

442. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, *Los acuerdos atributivos de competencia internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Eurolex, Madrid, 1994.
443. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "Acuerdos para la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y acuerdos atributivos de competencia en los Convenios de Bruselas y Lugano", *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás ed. , Marcial Pons, Madrid, 1998.
444. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Nota a la sentencia 887/1996 del Tribunal Supremo de 15.11.1996", *REDI*, 1/1997, p. 264.
445. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Estates in Spain: Inheritance According to Spanish Conflict Rules – A Judgment of the Tribunal Supremo", *IPrax*, 2/1998, p. 135.
446. RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Nota a la sentencia 436/1999 del Tribunal Supremo de 21.5.1999", *REDI*, 2/1999.
447. RODRÍGUEZ SOLANO, Federico, "La demanda reconvencional en la legislación española", *RDP*, 1950, p. 219.
448. ROJO AJURIA, Luis, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 11.10.1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 18/1988, p. 883.
449. ROJO AJURIA, Luis, *La compensación como garantía*, Civitas, Madrid, 1992.

450. ROJO FERNÁNDEZ – RÍO, Ángel, voz "Quiebra (Derecho mercantil)", *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5434.
451. ROJO FERNÁNDEZ – RÍO, Ángel, "El anteproyecto del Derecho de la quiebra en España", *Dir. Fall.*, 6/1999, p. 1117.
452. ROLAND, Henri / BOYER, Laurent, *Droit civil. Obligations*, 2ª ed., *librairies techniques*, París, 1986.
453. ROTH, Günther H., "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", *ZZP*, 93/1981, p. 156.
454. ROTH, Herbert, "Aufrechnung und internationale Zuständigkeit nach deutschem und europäischem Prozeßrecht", *RIW*, 11/1999, p. 819.
455. RUBINO – SAMMARTANO, Mauro, "The Time Element in Arbitration", *Festschrift für Otto Sandrock, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 2000.
456. RÜEDE, Thomas / HADENFELDT, Reimer, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2ª ed. Sheathes, Zurich, 1993.
457. RÜEGSEGG, H. V., *Die Abtretung im internationalen Privatrecht auf rechtsvergleichen der Grundlage*, Schulthess, Zurich, 1973.
458. SAENGER, Ingo, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ und LuGÜ", *ZZP*, 1997, p. 477.

459. SAENGER, Ingo, "Wirksamkeit internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen", *Festschrift für Otto Sandrock, Recht & Wirtschaft*, Heidelberg, 2000, p. 808.
460. SALERNO, Francesco, "European Civil Procedure: the Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention", *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998.
461. SAMTLEBEN, Jürgen, "Forum Fixing", *RabelsZ*, 46/1982, p. 716.
462. SAMTLEBEN, Jürgen, "Art. 17 EuGVÜ und kein Ende", *IPrax*, 5/1985, p. 261.
463. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, McGraw Hill, Madrid, 1999.
464. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, voz "Quiebra (Derecho Internacional Privado)", *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, p. 5433.
465. SANDERS, Pieter, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, *R. des C.*, t. 145, 1975 – II, p. 205.
466. SANDERS, Pieter, "Aspects de l'arbitrage international", *Rev. dr. int. comp.*, 1976, p. 129.
467. SANDERS, Pieter, "International Commercial Arbitration. How to Improve its Functioning?", *Arb. Int.*, 1980, p. 9.
468. SANDERS, Pieter, *Quo vadis Arbitration?*, Kluwer, 1999.

469. SANDROCK, Otto, "Welche Verfahrensregeln hat ein internationales Schiedsgerichts zu folgen?", *Festschrift Glossner, Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 1994, p. 281.
470. SANDROCK, Otto, "Internationale Kredite und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit", *WM*, 1994, p. 445.
471. SANTOS BRIZ, Jaime, "Arts. 1195 y ss. C. c. ", *Comentario del Código civil*, t. 6, Bosch, Barcelona, 2000.
472. SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2<sup>a</sup> ed. , Beck's, Munich, 1996.
473. SCHACK, Haimo, "Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", *ZEuP*, 1998, p. 931.
474. SCHLECHTRIEM, Peter, *Kommentar zum Einheitlichen UN - kaufrecht*, 3<sup>a</sup> ed. , Beck's, Munich, 2000.
475. SCHLOSSER, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2<sup>a</sup> ed. , Mohr, Tübingen, 1989.
476. SCHLOSSER, Peter, "La procédure des voies de recours en matière d'arbitrage. Étude de droit comparé", *Revue de l'arbitrage*, 1978, pp. 345 - 347.
477. SCHLOSSER, Peter, "Das Internationale an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *RIW*, 1982, p. 857.

478. SCHLOSSER, Peter, *"Recent Developments in Trans-Border Insolvency"*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e Straniero, 1999.
479. SCHMIDT, Eike, *"Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und prozessualer Einrede"*, ZZP, 87/1974.
480. SCHNITZER, A. F. , *Handbuch des internationalen Privatrechts*, t. I, 4<sup>a</sup> ed. , Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel.
481. SHORE, Laurence, *"The advantages of Arbitration for Banking Institutions"*, JIBL, Nov. 1999, p. 347.
482. SCHREIBER, Klaus, *"Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung"*, ZZP, 90/1977, p. 395.
483. SCHNYDER, Anton K. , *Das neue IPR – Gesetz*, 2<sup>a</sup> ed. , Schuttlhess, Zurich, 1990.
484. SCHRÖDER, Jochen , *Internationale Zuständigkeit*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971.
485. SCHRÖDER, Jochen / WENNER, Christian, *Internationales Vertragsrecht*, RWS, Colonia, 1998.
486. SCHRÖDER, Matthias, *Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlußmängelklagen*, Carl Heymanns, Colonia / Berlin / Bonn / Munich, 1999.
487. SCHÜTZE, Rolf A. , *"Ausschluß der Zuständigkeit der Garantieklage (art. 6. 2 EuGVÜ) durch internationale Gerichtsstandsvereinbarungen"*, RIW, 1985, p. 966.

488. SCHÜTZE, Rolf A. , *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 2<sup>a</sup> ed. , Beck's, Munich, 1998.
489. SCHÜTZE, Rolf A. , *Rechtsverfolgung im Ausland: Prozeßführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten*, 2<sup>a</sup> ed. , *Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 1998.
490. SCHULZ, Dirk, "Die Entwicklung des Insolvenzrechts im Jahre 1999", *Insolvenz & Vollstreckung*, 1999, p. 43.
491. SCHWAB, Karl H. / WALTER, Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6<sup>a</sup> ed. , Beck's, Munich, 1995.
492. SCHWARTZ, Eric A. , "The ICC Arbitration Rules and the UNCITRAL model Law", *Arb. Int'l*, 9/1993, p. 231.
493. SCHWIMANN, Michael, *Internationales Privatrecht*, 2<sup>a</sup> ed. , Manz, Viena, 1999.
494. SHORE, Laurence, "The Advantages of Arbitration for Banking Institutions", *JIBL*, 1999, p. 347.
495. SMART, Philip, *Cross – Border Insolvency*, Butterworths, Londres, 1998.
496. SMID, Stefan, *Insolvenzordnung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1999.
497. SMIT, H. / PECHOTA, V. , *International Arbitration Treaties*, Sweet & Maxwell, 1998.



498. SMIT, H. / PECHOTA, V. , *Commercial Arbitration: an International Bibliography*, Sweet & Maxwell, 2<sup>a</sup> ed. , 1999.
499. STAEHELIN, Matthias, *Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Forum und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ / LugÜ*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1994.
500. STAUDINGER, "Art. 4 EGBGB", Sellier – de Gruyter, Berlin, 1996.
501. STOLL, Hans, "Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des einheitlichen Kaufrechts", *Festschrift Ferid*, t. II, Verlag für Standesamtswesen, 1988, p. 495.
502. STOLL, Hans, "Regelungslücken im Einheitlichen Kaufrecht und internationales Privatrecht", *IPrax*, 1993, p. 75.
503. STOLL, Hans, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU – Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, Mohr, Tubinga, 1997.
504. STRUB, Andreas, "Das Europäische Konkursübereinkommen", *EuZW*, 1996, p. 71.
505. SZURSKI, Tadeusz, "Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal" , *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Pieter Sanders ed. , Kluwer, Deventer, 1984.
506. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La compensación en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1988.

507. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La reconvencción*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1994.
508. TIEDTKE, Klaus, "Aufrechnung und Rechstkraft", *NJW*, 1992, p. 1473.
509. TORIELLO, Fabio, "Deroga giurisdizionale e convenzione di Bruxelles del 1968: la parola torna giudici nazionali", *Contratto e impresa*, 2/1999, p. 941.
510. TRAMMER, "Schiedsvertrag und Kompensation", *JBl*, 1915, p. 37.
511. TROCHU, Michel, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Sirey, Paris, 1967.
512. UHLENBRUCK, Wilhelm, *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts und Anwaltspraxis, Herne / Berlín, 1994.
513. URÍA, Rodrigo, "Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades", *RDM*, 4/1946, p. 7.
514. URÍA, Rodrigo, "Reaseguro, quiebra y compensación", *RDM*, 30/1959, p. 371.
515. URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 20ª ed. , Marcial Pons, Madrid, 1995.
516. VAN HECKE, Georges, "Principes et methods de solution de conflits de lois", *R. des C.* , 126/1969, p. 401.

517. VEGA PÉREZ, Félix, "La compensación bancaria", *Contratos bancarios y parabancarios*, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 352.
518. VIANDIER, A. / ENDRÉO, G. , *Redressement et liquidation judiciaires*, Litec, Paris, 1986.
519. VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1990.
520. VIERTELHAUSEN, Andreas, "Aufrechnungen und Abtretungen im Insolvenzverfahren", *Insolvenz & Vollstreckung*, 1999, p. 77.
521. VILLANI, Ugo, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacussi editore, Bari, 1997.
522. VIRGÓS SORIANO, Miguel, "Nota a los Autos del Tribunal Supremo 30.1.1986, 7.10.1986 y al Auto del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia de 27.12.1985", *REDI*, 1987, p. 206.
523. VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. , *Derecho Procesal Civil Europeo*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
524. VIRGÓS / SCHMIT, *Informe explicativo del convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23.11.1995*, en VIRGÓS / GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Europeo*, McGraw Hill, 1996, p. 440.
525. VIRGÓS SORIANO, Miguel, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, Kluwer, 1998.

526. VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.  
 , "El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical", *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegria Borrás ed. , Marcial Pons, Madrid, 1998.
527. VIRGÓS SORIANO, Miguel / RODRÍGUEZ PINEAU, Elena,  
 *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
528. VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.  
 , "Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional", *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1/1999, p. 253.
529. VIRGÓS SORIANO, Miguel / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.  
 , *Derecho Procesal Civil Internacional (litigación internacional)*, Civitas, Madrid, 2000.
530. VISCHER, Frank, *Internationales Vertragsrecht*, 2ª ed. , Stämpfli, Berna, 2000.
531. VITTA, Edoardo / MOSCONI, Franco, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5ª ed. , Utet, Turín, 1994.
532. VOIRIN, Pierre / GOUBEAUX, Gilles, *Droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence*, París, 1999.

533. VOLKEN, Paul, *L'harmonisation du droit international privé de la faillite*, *R. des C.*, t. 230, 1991 – V, p. 347.
534. Von BAR, Christian, *Internationales Privatrecht*, t. II, Munich, 1991.
535. Von BAR, Christian, "Abtretung und Legalzession im neuen deutschen Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 53/1989, p. 462.
536. Von FALKENHAUSEN, Joachim F., "Ausschluß von Aufrechnung und Widerklage durch internationale Gerichtsstandvereinbarungen", *RIW*, 1982, p. 386.
537. Von HOFFMANN, "Internationale Zuständigkeit und Aufrechnung", *AWD*, 1973, p. 168.
538. Von HOFFMANN, "Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht bei Fremdwährungsforderungen", *IPrax*, 1981, p. 155.
539. Von HOFFMANN, Bernd, *Internationales Privatrecht*, 6<sup>a</sup> ed., Beck's Munich, 2000.
540. Von MEHREN, Arthur T., "The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces  
an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a cure", *IPrax*, 6/2000, p. 465.
542. VORPEIL, Klaus, "Aufrechnung bei währungsverschiedenen Forderungen", *RIW*, 1993, p. 529.

543. VORPEIL, Klaus, *"Aufrechnungsauschlussklauseln nach englischem Recht"*, RIW, 1993, p. 718.
544. WACKENUTH, Michael, *"Zur Behandlung der rügelosen Einlassung in nationalen und internationalen Schiedsverfahren"*, KTS, 1985, p. 425.
545. WAGNER, Gerhard, *"Die Aufrechnung im europäischen Zivilprozessrecht"*, IPrax, 1/1999, p. 65.
546. WEIGELIN, Ernst, *Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld*, Helwing, Hannover, 1904.
547. WENGLER, Wilhelm, *Internationales Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin / Nueva York, 1981.
548. WERNER, Frank, *Umgehung von Aufrechnungshindernissen durch Zwangsvollstreckung in eigene Schulden*, Giesecking, Bielefeld, 2000.
549. WESER, Martha, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, CIDC, Bruselas, 1975.
550. WESER, Martha, *"Convention franco – belge de 1899"*, J – Cl Dr. int., fasc. 591, núms. 146 a 148.
551. WESTBROOK, Jay Lawrence, *"A Global Solution to Multinational Default"*, Michigan Law Review, 98/2000, p. 2276.
552. WILD, Peter E., *Die Verrechnung im internationalen Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen und der US – amerikanischen Rechtsordnung –*, Diss. St. Gallen, 1992.

553. WILMOWSKY, Peter von, "*Sicherungsrechte im europäischen Insolvenzübereinkommen*", *EWS*, 1997, p. 295.
554. WILMOWSKY, Peter von, "*Internationales Insolvenzrecht - Plädoyer für eine Neuorientierung*", *WM*, 1997, p. 1461.
555. WILMOWSKY, Peter von, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Mohr, Tübinga, 1996.
556. WILMOWSKY, Peter von, *Kreditsicherheiten im Binnenmarkt*, Rheinische Friedrich – Wilhelms Universität Bonn, 1997.
557. WILMOWSKY, Peter von, "*Aufrechnung in internationalen Insolvenzfällen – Kollisionsrecht der Insolvenzaufrechnung*", *KTS*, 59/ 1998, p. 343.
558. WOLF, Martin, *Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht*, Diss. Münster, 1989.
559. WOLFF, Martin, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3<sup>a</sup> ed. , Springer, Berlin / Göttingen / Heidelberg, 1954.
560. WOOD, Philip R. , *English and International Set – off*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992.
561. WOOD, Philip R. , *Principles of Netting. A Comparative Study*, The Rose & The Thorn; Amsterdam, 1994.
562. WOOD, Philip R. , *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.

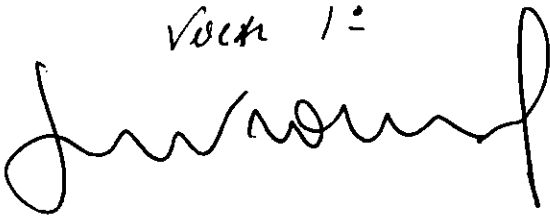
563. WOOD, Philip R. , *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.
564. WUNDERER, Regina, "Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens über Insolvenzverfahren auf Bankgeschäfte", *WM*, 1998, p. 793.
565. ZIMERMANN, Reinhard, "Die Aufrechnung. Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht", *Festschrift Medicus*, Carl Heymanns, Colonia / Berlin / Bonn / Munich, 1999, p. 707.
566. ZOBL, Dieter / WERLEN, Thomas, *Rechtprobleme des bilateralen Netting*, Schweizer Schriften zum Bankrecht, t. 18, Schulthess, Zurich, 1994.



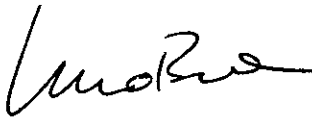
Reunido el Tribunal que suscribe en el día  
de la fecha, acordó conceder a la presente  
Tesis Doctoral la calificación de:  
SOBRESALIENTE CUM LAUDE

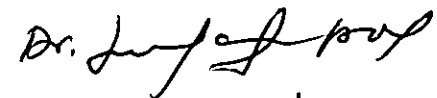
Madrid: 11-VII - 2001

PROF. DR. JOSÉ C. FERNÁNDEZ RUIZ  
Vocal 1º

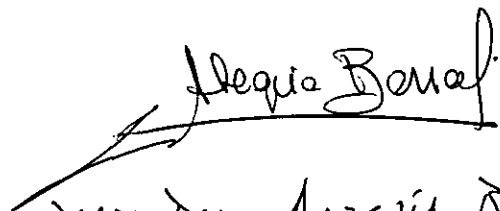


PROF. DRA. NURIA BARRA  
Vocal 3º

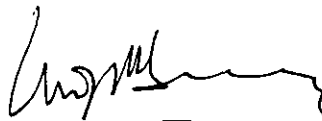


Dr. 

PROF. DR. JULIO D. GONZÁLEZ CASAS  
PRESIDENTE



PROF. DRA. ALICIA BARRAL  
Vocal 2º



PROF. DR. MIGUEL J. AMADOR  
SECRETARIO